Bavar.
4821
Z 14,1

Bavar. 4821 z (4,1

19c

<36622865860010 S

<36622865860010

Bayer. Staatsbibliothek

Handbuch
des
deutschen Civilprozesses
auf der
Grundlage und nach der Ordnung
der bayerischen Gesetzgebung

von
Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ansbach.

Vierter Band,
Erste Abtheilung.

Erlangen, 1841
bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Handbuch

des

deutschen Civilprozesses

auf der

Grundlage und nach der Ordnung
der bayerischen Gesetzgebung

von

Dr. Johann Adam Seuffert,
Appellationsgerichtsrath in Ruhestand.

Vierter Band,

Erste Abtheilung.

Erlangen 1844
bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Gd / 66 / 1128

Kommentar

über die

bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Appellationsgerichtsrath in Ruhestand.

Vierter Band,

Erste Abtheilung.

Erlangen 1844

bei J. J. Palm und Ernst Enke.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

§. 1. Was die Appellation sey und wie man dieselbe einwende 3
§. 2. Wer appelliren könne 5
§. 3. In welchen Sachen keine Appellation statt habe . . 7
I. Unzulässigkeit der Berufung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide 7
II. Beschränkungen der Berufung im Exekutionsverfahren 26
III. Berufungssumme 29
IV. Kompetenz zur Beurtheilung der Berufungszulässigkeit 55
§. 4. Von dem judice a quo et ad quem, und von den Appellationsinstanzen 57
§. 5. Von der Appellationsschrift 58
I. Uebergabe und Inhalt der Appellationsschrift . . 58
II. Von der Extrajudizialappellation 60
III. Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz . . 71
§. 6. Von den Appellationsfatalien 76
§. 7. Von dem Prozesse in appellatorio 84
§. 8. Vom Stillstande und den attentatis 89
§. 9. Vom Effekte der Appellation und Adhäsion 94
I. Devolutiveffekt 94
II. Suspensiveffekt 102
III. Adhäsion und reformatio in pejus 103
§. 10. Von Renuncirung auf die Appellation 109
§. 11. Von der Appellationssentenz 110

Seite

§. 12. Von der Revision 120
I. Unterschied der Revision von der Appellation gegen ein obergerichtliches Urtheil erster Instanz 120
II. Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der beiden ersten Urtheile 122
III. Revisionszulässigkeit 127
IV. Revisionssumme 134
V. Revisionsschrift. Extrajudizialrevision. Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz. Revisionsverfahren 136
VI. Devolutiveffekt der Revision 137
VII. Revisionssentenz 139
VIII. Vom Sukkumbenzgelde 141
Anhang, die ordentlichen Rechtsmittel in administrativ-contentiösen Sachen betr. 143

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und andern remediis juris.

§. 1. Von dem remedio restitutionis in integrum . . 147
I. Von der Restitution gegen Urtheile 147
II. Restitution gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen 165
§. 2. Von dem remedio nullitatis 176
I. Fälle unheilbarer Nichtigkeit 176
II. Wirkungen unheilbarer Nichtigkeit 182
III. Von heilbaren Nichtigkeiten 187
§. 3. De syndicatu 190

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Kompromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

§. 1. Von dem Vergleiche 195
§. 2. Von Kompromissen 203
§. 3. Von dem Loose 206
§. 4. Von Gerichtskosten und Schäden 206

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

§. 12. [illegible]

[illegible]

[illegible] 180

§. 3. Von dem remedio nullitatis . . . . [illegible]
I. Fälle unheilbarer Nichtigkeit . . . . [illegible]
II. Wirkungen unheilbarer Nichtigkeit . . . . [illegible]
III. Von [illegible] . . . . [illegible]
§. 4. De syndicatu . . . . [illegible]

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites [illegible] und das Loos, dann den [illegible]

§. 1. Von dem Vergleiche . . . . [illegible]
§. 2. Von Kompromissen . . . . [illegible]
§. 3. Von dem Loose . . . . [illegible]
§. 4. Von Gerichtsferien [illegible] . . . . [illegible]

Bayerische Staatsbibliothek München

Fünfzehntes Kapitel.

Von den Appellationen und Revisionen.

§. 1.

Was die Appellation sey und wie man dieselbe einwende.

Appellation (Berufung) heißt das ordentliche Rechtsmittel, durch welches ein vorgesetztes Gericht angerufen wird, der von einem untergeordneten Gerichte angeblich zugefügten Beschwerde abzuhelfen [1]. In Bayern giebt es außer der Appellation kein ordentliches Rechtsmittel, indem das „Revision" genannte Rechtsmittel nichts anderes ist, als eine Appellation an die dritte Instanz. (S. unten §. 12.)

Der Appellant beschwert sich „bei dem obern Richter „gegen den untern über sein ungerechtes oder nichtiges Verfahren" [2]. Unter dem „Verfahren" sind vorzugs-

1) Martin's Lehrbuch §. 283 und Bayer's Vorträge zu diesem §en; Linde im Lehrbuch §. 401 und im Handbuch IV §. 30 f.; Heffter System des Civilproceßrechts ed. II S. 526.

2) Ulpianus de edendo Tit. de Appell. „Appellare nihil aliud est, quam judicis sententiam iniquam ostendere." — Ob die beschwerende Verfügung in dem Urtheilssatze ausdrücklich oder stillschweigend enthalten ist, macht keinen Unterschied. Das Letztere ist z. B. der Fall, wenn der Richter von geforderten 600 fl. nur 150 zuerkannt hat. In dieser Zuerkennung ist, wenn nichts anderes bestimmt, die Aberkennung der übrigen 450 fl. stillschweigend enthalten. — Wer aber durch den Urtheilssatz nicht beschwert ist,

weise die richterlichen Urtheile gemeint. Auch gegen diejenigen Urtheile, welche mit Nichtigkeiten behaftet sind, findet das ordentliche Rechtsmittel der Appellation statt, indem bei s. g. heilbaren Nichtigkeiten Abhülfe nur im Wege der Appellation gesucht werden kann [3]), und auch bei unheilbaren Nichtigkeiten dem Beschwerten unverwehrt ist, den Weg des ordentlichen Rechtsmittels zu betreten [4]).

Die Beschwerdeführung muß förmlich geschehen; „eine „unförmliche Beschwerde, welche der vorgeschriebnen Ordnung nicht durchgehends conform ist, wird für nicht geschehen erachtet."

Das Verfahren der Appellationsinstanz nach bayerischem Rechte ist von dem gemeinrechtlichen [5]) wesentlich verschieden. Einwendung, Einführung und Rechtfertigung fallen in eine Handlung zusammen, welche innerhalb der Nothfrist bei dem Gerichte I. Instanz entweder durch Einreichung der Berufungsschrift oder Erklärung zu Protokoll gepflogen wird. Die Vorschrift der Gerichtsordnung, nach welcher die Appellation „gleich bei

kann kein Rechtsmittel ergreifen. Ist z. B. die von dem Beklagten entgegengesetzte Kompensationseinrede in den Entscheidungsgründen für unbegründet erklärt, derselbe aber auf dem Grunde einer andern Einrede von der Klage entbunden, so kann er wegen jenes in den Motiven vorkommenden Ausspruchs über die Gegenforderung nicht Beschwerde führen, hat aber folgeweise auch nicht zu besorgen, daß dieser Ausspruch, bei selbstständiger Geltendmachung der Gegenforderung, Rechtskraft gegen ihn äußere. — Von eventueller Adhäsion bezüglich solcher Aussprüche in den Motiven — s. unten §. 9, III, Nr. 5.

3) GO. XVI §. 2 Nr. 4.

4) Martin im Lehrbuch §. 277 Note c; Linde Handbuch IV §. 144.

5) Hierüber vgl. Martin Lehrbuch §. 278 ff. §. 286 ff. und Bayer in den Vorträgen zu diesen §§en; Linde §§. 404 ff.

dem höhern Richter selbst" eingelegt werden soll, ist durch neuere Gesetze entkräftet [6]).

§. 2.

Wer appelliren könne.

„Nicht nur von den streitenden Theilen, oder ihren „rechtmäßigen Vertretern, sondern auch von einem Dritten, „soweit ihn das Gravamen direkt oder indirekt mit zu betreffen „scheint, kann die Appellation sowohl beistandsweise, als „für sich selbst, wenn gleich die Hauptpartheí dieselbe gänz„lich unterließe, allerdings ergriffen werden."

Die Appellation eines Dritten [1]) hat die Natur einer Intervention [2]), und ist demgemäß durch ein rechtliches Interesse bedingt, welches der Dritte an dem Ausgange des Prozesses hat. Wer sich in erster Instanz einzumischen nicht befugt wäre, kann natürlich diese Befugniß auch in zweiter und dritter Instanz nicht haben. Die über die Bedingungen und Gränzen der Intervention in Bd. II S. 313—14 Nr. 1 vorgetragnen Grundsätze kommen auch hier zur Anwendung [3]); nicht minder, was a. a. O.

6) Nov. von 1819 §. 23. Vgl. Gönner Comment. zu dieser Gesetzstelle.

1) Linde im Handbuch IV §. 145—48.

2) Von dem Falle, wenn der sich Einmischende ein direkt Betheiligter ist, wird in der GO. und den Anmerk. der Ausdruck „Intervention" nicht gebraucht. Vgl. Bd. II S. 314—15 Nr. 2. Der Sache nach ist auch hier eine Intervention, d. h. eine Einmischung in einen bisher zwischen andern Personen verhandelten Prozeß vorhanden.

3) Nach den in Kreittmayr's Anmerk. zu vorliegendem §en enthaltenen Excerpten aus Lauterbach würde zwar die Intervention in den höhern Instanzen minder enge Gränzen haben, als die in der ersten; sie würde auch in Fällen Platz greifen können, wo der Dritte keinen Schaden oder Nutzen von dem Urtheile zu besorgen hat. — Aber

S. 315 Nr. 5 von der Bescheinigung des obwaltenden Interesse gesagt wurde.

Wenn der Dritte das Rechtsmittel nicht blos beistandsweise, sondern „für sich selbst" ergreift, so liegt ihm ob, das in Ansehung der Nothfrist und sonstiger Förmlichkeiten Verordnete zu beobachten. Will er der von einer der Hauptpartheien ergriffenen Appellation blos adhäriren, so gelten für ihn die hierüber in §. 9 gegebnen Vorschriften [4].

diese Theorie Lauterbach's widerstreitet sowohl der hier zu erläuternden Gesetzesvorschrift, als dem Ergebnisse der Auslegungsregel, nach welcher mehrere zusammengehörige Stellen der Gesetzgebung so zu deuten sind, daß sie miteinander im Einklange stehen. Nimmt man bei Auslegung des §. 2 Kap. XV die gebührende Rücksicht auf Kap. VIII §. 4. Nr. 1, so ergiebt sich die Richtigkeit der im Texte vorgetragnen Ansicht, und das von Kreittmayr Vorgetragne muß, als Mittheilung aus dem gemeinen Rechte (vgl. Bd. I S. 23), in den Hintergrund treten. —

In Realgewerbssachen sind Gewerbsgenossen und Gewerbsvereine nicht befugt, gegen einen im Konstatirungsverfahren erlassenen Ausspruch des Untergerichts zu appelliren. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 205 Nr. 2, Bd. V S. 10 Note 26, S. 189 Nr. 6, Bd. VII S. 315 Nr. 2. — Der Litisdenunciat, welcher seine Theilnahme am Streite versagt hat, kann in der Sache nicht appelliren. Bl. f. RA. Bd. V S. 48 Nr. 10.

4) Vgl. unten §. 9 Nr. 5 und Kreittmayr in den Anmerk. zu §. 2 a. E. — Der Satz, daß die Principalappellation des Dritten an die Einhaltung der Nothfrist gebunden sey, setzt natürlich voraus, daß ihm von dem Urtheil, etwa zufolge GO. VIII §. 4 Nr. 5, Nachricht gegeben worden. Außerdem läuft ihm keine Nothfrist, und seine Appellation muß zugelassen werden, sofern sie nur vor Erlassung der Berufungssentenz einkommt.

§. 3.

In welchen Sachen keine Appellation statt habe [1]).

I.

Unzulässigkeit der Berufung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide [2]).

Nach der Gerichtsordnung (Nr. 1) war die Berufung selbst gegen „interlocutorias simplices“ zulässig, „welche ein merkliches Präjudiz nach sich ziehen.“ Gönner [3]) bemerkt: Jedes Kommunikativdekret, jede Bewilligung, Beschränkung oder Versagung eines Termins, jeder Kontumazialbescheid, kurz Alles war appellabel, denn an einem Vorwand für ein merkliches Präjudiz fehlte es nicht. Diesem Uebelstande abzuhelfen, stellt die neuere Gesetzgebung [4]) die Regel auf:

„Wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide findet „keine Appellation statt.“

Zur Erläuterung dieser Vorschrift heißt es in Gönner's Kommentar [5]): „Unter einfachen Dekreten ist jede richterliche Entschließung oder Verfügung zu verstehen, welche auf einseitigen Antrag einer Parthei ohne Vernehmung des Gegentheils erfolgt. Ob

1) Ueber Nr. 2 dieses §en s. Bd. II S. 37 Nr. 8; über Nr. 3 s. unten lit. g. Nr. 8; über Nr. 4 unten den Abschnitt Nr. II. — Nr. 5 liegt außer der Sphäre dieses Commentars; der Fall von Nr. 9 fällt unter den §. 51 der Novelle von 1837.

2) In Ansehung des gemeinen Rechts vgl. Martin Lehrb. §. 277 Note 1 mit Bayer's Vorträgen hiezu; Linde Lehrb. §. 412 und Handbuch IV §. 31—37; Heffter a. a. O. § 442 S. 531, §. 459 S. 555.

3) Komment. zur Nov. von 1819 S. 246.

4) Nov. von 1819 §. 18, Nov. v. 1837 §. 51.

5) S. 260.

solche Dekrete nur den Prozeßgang betreffen [6]), oder ob sie auf die Sache und die Verhältnisse der Partheien, wie provisorische Verfügungen, Arreste, Sequestrationen u. dgl., einen Einfluß haben, dieses bringt keine Veränderung hervor." Im Sinne des Gesetzes gehören selbst Gerichtsbeschlüsse, durch welche eine Klage von der Gerichtsschwelle definitiv oder bedingt abgewiesen wird, zu den einfachen Dekreten; indem die in §. 52 Nr. 1 enthaltene Vorschrift, welche Klagabweisungen der bezeichneten Art für appellabel erklärt, als eine Ausnahme von der im §. 51 verordneten Regel der Inappellabilität einfacher Dekrete [7]) aufgeführt wird.

Entschließungen und Verfügungen im Laufe des Prozesses über Fragen, worüber beiden Theilen rechtliches Gehör verstattet [8]) war, heißen Zwischenbescheide.

Unter die Regel des §. 51 fallen insbesondre die den Gang des Rechtsstreites leitenden Dekrete (Ladungen, Kommunikationen, Notifikationen), die Entschließungen über Zulassung eines Vertreters im Prozesse [9]), so wie über Fristenbewilligung oder Verweigerung, die Präklusiv-

6) Vgl. Bd. III S. 341 Note 1.

7) Es ist allerdings eine arge Anomalie, die richterlichen Beschlüsse, durch welche eine Klage von der Gerichtsschwelle definitiv abgewiesen wird, als einfache Dekrete, als gleichartig mit einem Kommunikativ-Dekrete, darzustellen. Aber die Anomalie wäre noch ärger, wollte man solche definitive Klagabweisungen als Zwischenbescheide qualificiren. — Daß hier jedenfalls eine sehr bedeutende Versündigung gegen die Logik vorliege, wird Niemand verkennen.

8) Darauf, ob beide Theile diese Verstattung benützt haben, kommt es nicht an.

9) OAGE. vom 20. Jänner 1843 Nr. 1578 41/42. — S. jedoch unten §. 5 zu Note 40.

und Kontumazialdekrete bezüglich einzelner Prozeßhandlungen [10], die Gerichtsbeschlüsse über Restitutionsgesuche im Laufe des Verfahrens [11], die Zwischenentscheidungen über Statthaftigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Einreden, Beweismittel oder Beweisartikel [12], die sog. Vorbescheide (Präloкute) wegen beizubringender Legitimationsbehelfe oder Bescheinigungen [13], die Verfügungen, welche die Zulässigkeit einer Streitverkündung betreffen, oder welche die Theilnahme eines Dritten am Verfahren auf dem Grunde der Intervention oder Reassumtion zulassen.

Dagegen ist ein Fall der im §. 51 aufgestellten Regel nicht gegeben.

a) Bei Verfügungen, welche die Intervention oder Reassumtion von Seite eines Dritten nach vorgängiger Verhandlung [14] zurückweisen, indem eine solche Ausschließung vom Verfahren einer Klagabweisung gleichzuachten ist.

10) Nov. 1837 §. 56: „Gegen Kontumazialurtheile findet Appellation nur statt, wenn zugleich in der Hauptsache erkannt wurde, und entweder darüber, daß das Eintreten des Ungehorsams angenommen, oder daß an den Ungehorsam gesetzwidrige Folgen geknüpft worden, Beschwerde geführt wird." — Den Kontumazialurtheilen, welche zugleich in der Hauptsache erkennen, stehen die oberrichterlichen Desertionserkenntnisse gleich. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 79—80.

11) Auch der auf eine nachgesuchte restit. contra sent. ergehende Ausspruch: die Restitution sey statthaft, der Noveneid abzulegen und zur Vernehmung der neuen Zeugen zu schreiten. OAGE. v. 5. April 1841 Nr. 1402 39/40. Vgl. Nr. 739 40/41 Bl. f. RA. Bd. VII S. 22—24.

12) S. unten Note 35. OAGE. v. 1 Dez. 1841 Nr. 984 40/41.

13) S. unten Note 38.

14) Von der Zurückweisung ohne Einleitung des Verfahrens s. unten lit. g. Nr. 1.

b) Verweisung einzelner Klagpunkte [15]) zur besondern Austragung nach gepflognem Verfahren ausgesprochen [16]), ist (als partielle Abweisung der Klage, wie sie angebracht wurde) nicht Zwischen- sondern Endbescheid. Als solcher ist auch der Beschluß zu betrachten, durch welchen die Fortsetzung und Erledigung einer anhängigen Rechtssache bis zum Ausgange einer andern, z. B. der Interventionssache vertagt wird; indem eine solche Vertagung einem Erkenntnisse gleichsteht, welches die Klage zur Zeit abweis't [17]).

c) Die Eigenschaft eines Enderkenntnisses wird nicht dadurch verändert, daß noch eine Liquidationsinstanz vorbehalten bleibt [18]), oder daß zum Vollzuge des Ausspruchs noch ein Präklusivdekret in Aussicht steht. Im Provokationsprozesse hat der nach gepflogenem Verfahren ergehende Ausspruch, welcher dem Provokaten die Klagstellung bei Vermeidung ewigen Stillschweigens aufgiebt, die Eigenschaft des Endurtheils, wenn gleich, im Falle die Hauptklage, von Seite des Provokaten nicht rechtzeitig einkommt, auf Antrag des Provokanten noch die Verwirklichung des Präjudizes auszusprechen ist [19]).

d) Durch Verbindung eines Enderkenntnisses über einzelne Klagpunkte mit Zwischenbescheiden über andre wird die sofortige Appellabilität jenes definitiven Ausspruchs nicht aufgehoben.

15) Von der Verweisung einer Wiederklage ad separatum s. unten lit. g Nr. 3 Note 37.

16) Von dem Falle, wenn diese Verweisung sofort auf Einreichung der Klage erfolgt, s. unten Note 30.

17) OAGAkt. Nr. 633 38/39. — Bl. f. RA. Bd. II S. 156, Bd. VIII S. 61. Ist jedoch ein solcher Beschluß auf Einreichung der Intervention ergangen, ohne die Interventen darüber zu hören, so müssen diese vorgängig der Appellation remonstriren. Nov. von 1837 §. 55.

18) Vgl. Komment. Bd. III S. 365—6. Nr. 4.

19) S. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 129 ff.

e) Provisorische Verfügungen, welche im Laufe eines Prozesses bezüglich seines Gegenstandes nach Vernehmung beider Theile ergehen, werden nicht als in diesem Hauptprozesse erlassene Zwischenbescheide betrachtet, sondern als Endbescheide [20]) in dem besondern Streite (Incidentsache) über das Provisorium. Die selbstständige Appellabilität dieser Bescheide (jedoch mit beschränkter Suspensivkraft) ist um so weniger zu bezweifeln, als Beschlüsse, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen wird, in §. 54 Nr. 4 der Novelle von 1837, unter denjenigen Erkenntnissen aufgeführt werden, bei welchen, die Gleichförmigkeit der Aussprüche erster und zweiter Instanz vorausgesetzt, nur die Appellation an die dritte Instanz ausgeschlossen ist [21]).

f) Beschlüsse, welche nur auf den Antrag eines Theils zum Nachtheil des andern ergangen sind [22]), fallen deswegen nicht unter die Regel des §. 51, weil hier der Implorat sich vorerst der Remonstration bei demselben Gerichte zu bedienen hat, und die Berufung an den höhern Richter erst, wenn die Remonstration fruchtlos bleibt, in Frage kommen kann [23]). In diesem Falle hängt es

20) Beweisinterlokute sollten in dem Verfahren über ein beantragtes Provisorium gar nicht vorkommen, sondern nur inappellable s. g. Prälokute. S. unten Note 38.

21) Vgl. Komment. Bd. II S. 37 Note 8.

22) Ohne Unterschied, ob in erster oder zweiter Instanz; z. B. ein Antrag auf Arrestverhängung war in erster Instanz von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, in zweiter Instanz wird demselben, ohne daß noch Implorat gehört worden, stattgegeben. OAGE. in Nr. 393 43/44. Vgl. Note 36.

23) Nov. von 1837 §. 55. Keinen Unterschied macht es, daß die auf einseitigen Antrag erlassene Verfügung in einem die Sache selbst betreffenden Mandate besteht. — Vorliegende Vorschrift findet z. B. Anwendung, im Falle auf eine Provokationsklage sofort dekretirt wurde, Provokat habe binnen vorgesteckter Frist bei Vermeidung ewigen Stillschweigens

sodann von der Beschaffenheit der ungeachtet der Gegenvorstellung aufrecht erhaltenen Verfügung ab, ob Berufung zuläßig oder nicht. Besteht z. B. diese Verfügung in Anordnung eines Provisoriums, so findet nunmehr Berufung statt. Fälle andrer Art [24]) siehe in Bd. III S. 343—44 Note 6, 7.

g) Von der in §. 51 der Novelle von 1837 aufgestellten Regel sind nach Vorschrift des §. 52 ausgenommen:

1) „Bescheide [25]), wodurch die Klage oder Wider„klage [26]), oder die Aufforderung zum Klagen oder zum „Repliziren (Cod. jud. cap. IV §§. 5 und 6) oder die „Streitverkündung, oder die Intervention [27]), oder die

die Hauptklage anzustellen. Vgl. Bd. II S. 132 mit Bl. f. RA. Bd. VI S. 112. — S. auch OAGE. vom 17. Febr. 1843. Nr. 84 42/43.

24) Wenn auf eine Remonstration gegen das den Exekutivprozeß einleitende Dekret verfügt wurde, daß es bei dieser Einleitung sein Bewenden habe, so ist hiergegen nach dem OAGE. in Nr. 371 43/44 die Berufung für zuläßig zu achten. (Ob ein solches Beharren auf dem prozeßeinleitenden Dekrete als Erkenntniß über die Prozeßart anzusehen sey, muß wohl bezweifelt werden, weil dasselbe auch als bloße Vertagung des Ausspruchs gedeutet werden kann.)

25) Vgl. hiezu die oben in Note 7 gemachte Bemerkung. Daß hier die Vorschrift Nr. 1 mit den folgenden zusammengestellt wird, als ob sie mit denselben gleichartig wäre, ist allerdings systematischer Anordnung zuwider. Allein es überwog die Rücksicht, die vom Gesetze zusammengestellten Bestimmungen nicht zu trennen, damit das Auffinden der zu jeder Nr. des Gesetzes gehörigen Erläuterung nicht erschwert werde. Dieselbe Rücksicht hat noch andre Unregelmäßigkeiten des Systems motivirt.

26) Dasselbe gilt von Zurückweisung einer Nullitätsklage. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 96 Nr. 6.

27) Auch die sofortige Zurückweisung einer Litisreassumtion gehört hieher. (S. oben lit. a.)

„Nennung des Auctors (Cod. jud. cap. VIII §. 3), oder „das Gerichtsverbittungsgesuch [28]), oder das Gesuch um „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [29]) ohne weitere „Einleitung des Verfahrens, ganz [30]), oder sowie ange- „bracht [31]), oder zur Zeit, oder von diesem Gerichte [32]) „abgewiesen wird [33]);“

28) Wird ein Gesuch, die früher gewährte Gerichtsverbittung nunmehr wieder rückgängig zu machen, zurückgewiesen, so findet gleichfalls selbstständige Berufung statt. OAGE. vom 1. Oct. 1842 Nr. 968 41/42. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 191.

29) Das ist, wie sich aus der Zusammenstellung mit Klage, Intervention u. dgl. ergiebt, blos von der Restitution gegen Sentenzen zu verstehen. OAGE. vom 21. Juni 1842 Nr. 1073 39/40. Vgl. v. Stürzer in den Verhandl. der Kammer der Abg. von 1837 Bd. IX S. 523, 525 — mit Bd. XX S. 264. — (Moritz Real-Kommentar S. 500—1). Aus den Aeußerungen der Mitglieder beider Kammern kann für diese Frage nichts entnommen werden, indem das in der Kammer der Reichsräthe Geäußerte demjenigen, was über den Sinn der fraglichen Gesetzstelle in der Kammer der Abgeordneten vorkam, gerade widerstreitet; woraus sich aber die in v. Zurhein's Zeitschrift Bd. III S. 66 in der Note gezogene Folgerung keineswegs rechtfertigt. — — S. auch Bl. f. RA. Bd. VIII S. 79—80. Auf Zurückweisung der gegen ein Desertionserkenntniß gesuchten Restitution ist die Vorschrift anwendbar. Bl. f. RA. a. a. O.

30) Wird die Klage sofort hinsichtlich einzelner Klagpunkte oder eines Theils des Klaggegenstandes zurückgewiesen, so ist dies auch als ganze Abweisung zu betrachten. Denn den Gegensatz des „ganz“ bildet nach dem Sinne des Gesetzes nicht das „theilweise“, sondern das „angebrachtermassen, zur Zeit oder von diesem Gerichte.“ OAGE. v. 19. Dez. 1843 Nr. 1135 41/42.

31) Vgl. unten Note 36. Nur der Kläger, nicht der noch nicht gehörte, daher auch mit keiner Rechtskraft bedrohte Beklagte kann gegen einen solchen Bescheid Beschwerde führen.

32) Gleichviel, ob wegen mangelnder Jurisdiktion oder Kompe-

2) „Erkenntnisse [34]), wodurch die gerichtsablehnende „Einrede (Cod. jud. cap. VI §. 3 Nr. 1) verworfen wird [35]);

3) „Erkenntnisse, welche den Streit über die Prozeß„art entscheiden [36]), wohin jedoch der Beschluß darüber,

tenz. In Ansehung des Falles, wenn die Abweisung wegen Mangels der Eigenschaft einer Justizsache geschah, hat das OAG. (Nr. 774 42/43) angenommen, daß er unter den §. 52 Nr. 1 nicht zu subsumiren sey. S. unten §. 5, II Nr. 8. Das Gegentheil in Nr. 1087 39/40 und 1148 41/42.

33) Gegen einen die Einleitung des Verfahrens verfügenden Gerichtsbeschluß findet die selbstständige Berufung nicht statt.

34) Das Gesetz spricht von Erkenntnissen. Wird auf eine Vernehmlassung, in welcher eine gerichtsablehnende Einrede vorkommt, mit ausdrücklicher Verwerfung derselben weitere Verhandlung in der Sache verfügt, so steht es der Berufungszulässigkeit nicht im Wege, daß die Verwerfung nicht in der äußern Form des Erkenntnisses geschehen ist. — Eine Mittheilung der eine solche Einrede enthaltenden Vernehmlassung, welche ohne Erwähnung derselben geschieht, kann nicht als stillschweigende Verwerfung gelten, indem hier der richterliche Ausspruch darüber bis zur Erklärung des Klägers, resp. bis zum Schlusse des Verfahrens vorbehalten ist.

35) Es handelt sich hier von Erkenntnissen, welche die Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede aussprechen, ohne daß das Urtheil in der Hauptsache beigefügt wäre. Nur bei den gerichtsablehnenden Einreden kann dies nach der neuesten Gesetzgebung (§. 27—28 siehe Bd. II S. 248) vorkommen; daher wurde die Nr. 3 des §. 19 der Nov. von 1819, welche auch die Verwerfung der präjudiziellen und prozeßhindernden Einreden für selbstständig appellabel erklärte, bei Abfassung des §. 32 der Nov. von 1837 weggelassen. — S. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Regbl. 373—80). Bl. f. RA. Bd. VII S. 363 - 5.

36) Welche darüber entscheiden, ob der beantragte Exekutiv-Mandats-Arrest-Prozeß, ob das Verfahren nach §. 52 des HG. stattfinde. Bl. f. RA. Bd. IV S. 320, Bd. V

„ob im mündlichen Verhöre oder im gewöhnlichen Verfah-„ren, dann ob in diesem protokollarisch oder schriftlich ver-„handelt werden soll, eben so wenig gehört, als der Be-„schluß, wodurch die Wiederklage zur besondern Verhand-„lung bei demselben Gerichte verwiesen wird [37]);

4) „Erkenntnisse, wodurch einem oder dem andern „Theile Beweis aufgelegt wird [38]);

S. 231. Wird eine Exekutivklage, eine Imploration um Erlassung eines Mandates oder Verfügung eines Arrestes von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen, (was faktisch durch Mittheilung der Exekutivklage zur Vernehmlassung geschieht. OAGAkt. Nr. 372 43/44), so paßt zwar nicht diese Nr. des Gesetzes, wohl aber oben Nr. 1. — Gegen das Dekret, wodurch der Exekutivprozeß eingeleitet, das Mandat erlassen, der Arrest verfügt wird, findet Berufung nicht statt, weil vorerst bei demselben Richter zu excipiren ist, und von diesem selbst Abhülfe gewährt werden, d. h. nach beiderseitigem Gehör der Ausspruch erfolgen kann, daß der nur eingeleitete summarische Prozeß nicht stattfinde. (Vgl. Note 24). Hat der Unterrichter die Einleitung des beantragten summarischen Prozesses verweigert, der Oberrichter aber dieselbe angeordnet, so findet gegen diese oberrichterliche Verfügung keine Berufung statt, weil auch hiernach dem Imploraten, gegen die Prozeßart zu excipiren, unbenommen ist, und der Unterrichter nach gepflogenem Verfahren wiederholt auf Unzulässigkeit derselben erkennen kann. OAGE. vom 30. Juni 1840 Nr. 850 39/40. Bl. f. RA. Bd. VII S. 345.

37) Dies ist nur von Beschlüssen zu verstehen, welche im Laufe des Verfahrens ergehen. Wird in Verbindung mit dem appellabeln Erkenntnisse über die Vorklage die Wiederklage zur besondern Austragung verwiesen, so kann dagegen auch in dem Falle appellirt werden, wenn das Urtheil in der Vorklage keinen Anlaß zur Beschwerdeführung giebt; indem die nach gepflogener Verhandlung ausgesprochene Verweisung ad separatum offenbar die Natur einer Abweisung der Klage, „wie sie angebracht ist," hat.

38) Darunter sind jedoch Vorbescheide, welche über Zwischenfragen,

5) „Urtheile auf einen nothwendigen Eid (Cod. jud. „cap. XIII §. 3) oder auf einen der cap. XI §. 6 Nr. 5 und „cap. XIII §§. 4 und 5 der Gerichtsordnung benannten „gesetzlichen Eide [39]);

6) „Ur-

oder in den ein besonderes Beweisverfahren ausschließenden summarischen Prozeßarten — die Beibringung abgängiger Bescheinigung hinsichtlich einzelner Erfordernisse aufgeben (Vgl. z. B. Bd. II S. 54, 55, 86, 205, 249, Bd. III S. 174 Nr. 4), — nicht begriffen. Vgl. Bl. f. RA. Bd IV S. 221.

39) Gleichviel, ob die Beschwerdeführung den Gegenstand, die Person oder die Art der Eidesleistung betrifft. — Obige Bestimmung ist eine Ausnahme von der Regel, daß gegen Zwischenbescheide Appellation nicht stattfinde. Wenn nur gewisse Ausnahmen zugelassen werden, so gilt für alle übrigen Fälle das Gegentheil des für die Ausnahmen aufgestellten Grundsatzes (exceptio firmat regulam in casibus non exceptis); daher ist anzunehmen, daß bei allen Urtheilen auf Eidesleistung, welche nicht zu den oben unter Nr. 5 und 6 bezeichneten Ausnahmen gehören, die selbstständige Berufung nicht stattfinde; so bei Urtheilen auf Leistung des Diffessionseides (K. XI §. 8 Nr. 6 — vgl. OAGAkt. Nr. 441 42/43, Nr. 1331 42/43), des Eides über den Inhalt einer Urkunde, deren Edition verweigert wurde (Kap. XI §. 6 Nr. 6), des Kalumnieneides (K. XIII §. 6), des Noveneides (Kap. VI §. 13, Kap. XV §. 5 Nr. 8, Kap. XVI §. 1 Nr. 2) und der zur Bescheinigung dienenden Eide (S. Komment. Bd. III S. 280 Note 5). — Was hingegen den Bestärkungseid in Bezug auf alte Urkunden (Kap. XI §. 2), Handelsbücher (XI §. 3 Nr. 2) und den gemeinen Ruf (XII §. 6) betrifft, so ist er als eine, nur durch Eigenthümlichkeiten ausgezeichnete, Art des Erfüllungseides (XIII §. 3) unter der gesetzlichen Ausnahme mit begriffen. Dies läßt sich um so weniger bezweifeln, als ausserdem, wenn der aufgetragene Eid unter Vorbehalt künftiger Appellation geleistet würde, im Falle abweichender Ansicht des Oberrichters der andern Parthei aufgetragen werden könnte, mittelst des Reinigungseides das Gegentheil dessen zu beschwören, was früher durch den Bestärkungseid erhärtet

6) „Urtheile, wodurch über die Statthaftigkeit eines „zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides [40]) (Cod. jud. „cap. XIII §. 2) oder über die Eidesformel [41]) aberkannt „wird, sofern in Folge des Urtheils die Eidesleistung zu „geschehen hätte [42]);

7) „Bescheide, wodurch eine Parthei oder ein Dritter „zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird [43]);

wurde. Offenbar wäre hierin die ärgste Entweihung des Eides gelegen.

40) Wobei es gleichviel gilt, ob die Beschwerdeführung die Person, welche schwören soll, oder dasjenige, worüber zu schwören ist, betrifft.

41) Vergl. hierüber Bd. III S. 299. — Da auch besondre Feierlichkeiten der Eidesleistung (Vornahme in der Synagoge, Zuziehung von Geistlichen) in Kreittmayr's Anmerk. zur GO. X §. 14 lit. c. unter der Rubrik: „Eidesformel" aufgeführt sind, so rechtfertigt sich die Zulassung der Berufung, auch wenn nur in Betreff solcher Feierlichkeiten Beschwerde geführt wird. Bl. f. RA. Bd. V S. 353—357. — Dagegen paßt die gesetzliche Ausnahme nicht auf den Fall, wo das Rechtsmittel lediglich in Bezug auf den Ort der Eidesleistung ergriffen werden will. Vgl. Bd. III S. 290—1.

42) Wurde durch einen Zwischenbescheid eine Eideszuschiebung oder Zurückschiebung als unstatthaft verworfen, so ist dies zur selbstständigen Berufung nicht geeignet; eben so wenig, wenn der Zwischenbescheid die Verweigerung der Eidesleistung oder, daß sie als geschehen anzunehmen, ausspricht. Vgl. Gönner zur Nov. von 1819 S. 273. Wohl aber findet selbstständige Berufung statt, wenn ausgesprochen wurde, der Eid sey nicht für verweigert zu erachten, sondern abermaliger Termin zur Eidesleistung anzuberaumen. OAGE. vom 9. Aug. 1841 Nr. 147 40/41.

43) Dagegen findet (abgesehen von selbstständigen Editionsprozessen) gegen Bescheide, welche ein Editionsgesuch abweisen, oder über den Besitz der Urkunde interloquiren, oder lediglich über Ort, Zeit oder sonstige Modalität der Edition bestimmen, keine selbstständige Berufung statt. OAGE. vom

8) „Bescheide, welche die verlangte Aufnahme des „Beweises zum ewigen Gedächtniß für unstatthaft er„klären [44].“

„In allen Fällen, in welchen selbstständige Berufung „nach §. 51 unzuläßig ist, macht es keinen Unterschied, ob „das einfache Dekret oder der Zwischenbescheid von einem „Untergerichte oder von einem Appellationsgerichte (Justiz„kanzlei) ausgegangen ist [45]. — Selbstständige Beru„fung gegen ein zweitrichterliches Erkenntniß ist selbst dann „nicht zuläßig, wenn das Obergericht das erstrichterliche „Urtheil aufgehoben und ein Dekret oder einen einfachen „Zwischenbescheid an dessen Stelle gesetzt hat [46].“

Damit diese Vorschrift im einzelnen Falle anwendbar sey, darf vom Oberrichter nicht eine Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses, sondern nur die Aufhe-

21. Febr. 1842 Nr. 927 38/39. s. auch Nr. 914 38/39 und 325 40/41. Bl. f. RA. Bd. IV S. 221. — Ueber Bescheide welche die Verbindlichkeit zur Zeugschaft betreffen, — s. unten §. 5 Note 35.

44) Bescheide, welche die Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß zulassen, fallen unter die Regel des §. 51.

45) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 1. So z. B. bezüglich der in der Berufungsinstanz vorgebrachten Nova. GO. XV §. 5 Nr. 8.

46) Nov. v. 1837 §. 3 Nr. 2. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 138 vgl. mit Bd. III S. 59 und Bd. IV S. 288. — Ueber den Fall, wenn ein Antrag auf Blödsinnigkeitserklärung in erster Instanz a limine abgewiesen wurde, und die zweite abändernd ausspricht, daß der Antrag zur Instruktion zu ziehen sey — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 349. Wenn in zweiter Instanz das erste Urtheil als zu frühzeitig erlassen aufgehoben und weitere Instruktion angeordnet worden ist, und nun Appellat hiegegen blos deßwegen Beschwerde führt, weil die Appellation nicht als desert zurückgewiesen worden, so ist nach dem OAGE. vom 14. März 1843 Nr. 159 42/43 diese Beschwerdeführung zuzulassen.

bung desselben ausgesprochen seyn. Aufgehoben wird das vorige Erkenntniß, wenn der Oberrichter aus formellen Gründen dasselbe außer Wirkung setzt, ohne an der Stelle der außer Wirkung gesetzten Verfügung in der Sache selbst eine andere zu erlassen, indem als Folge der Aufhebung nur eine weitere Verhandlung angeordnet resp. zugelassen, oder derselben die Entscheidung einer prozeßualischen Zwischenfrage beigefügt oder dem vorigen Richter weiteres Erkenntniß in der Sache aufgetragen wird [47]). Wesentlich im Begriffe der Aufhebung ist, daß damit dem vorigen Richter in den Materialien der Sache durchaus keine Richtschnur für sein weiteres Erkenntniß vorgezeichnet, insbesondere derselbe nicht gehindert wird, etwa nach Erschöpfung der in Bezug auf das Verfahren vom Oberrichter getroffenen Verfügung, in Beurtheilung der Sache selbst auf seinen frühern Ausspruch zurückzukommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Aufhebung geschehen ist, weil der Oberrichter sich überzeugt, daß die nach Ablauf der Beweisfrist zur Nachbringung eines neuen Zeugen gesuchte, vom Unterrichter verweigerte Restitution hätte bewilligt werden sollen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der Unterrichter nach gepflogner Verhandlung die Klage wegen Mangels der Begründung [48]) (unbedingt oder angebrachtermassen) abgewiesen hatte, vom Oberrichter aber ausgesprochen wurde: daß die erkannte Abweisung nicht stattfinde und demzufolge weiteres Erkennt-

47) Was aber nicht auf Fälle oberrichterlicher Verwerfung gerichtsablehnender Einreden zu beziehen ist. Wenn z. B. die Klage nach gepflogener Verhandlung in erster Instanz wegen Inkompetenz abgewiesen war, in zweiter Instanz erkannt wird, daß die Abweisung nicht stattfinde, vielmehr Unterrichter in der Hauptsache zu urtheilen habe, so greift gegen diesen zweitrichterlichen Ausspruch selbstständige Berufung an den obersten Gerichtshof Platz.

48) Wegen Mangels der objektiven oder der subjektiven Begründung (Legitimation zur Sache). Vgl. Bd. II S. 141—2.

niß vom Unterrichter zu erlassen sey. Dies ist Abänderung, nicht Aufhebung. In dem oberrichterlichen Ausspruche liegt hier nicht ein prozeßleitendes Dekret oder ein einfacher Zwischenbescheid, sondern eine definitive Entscheidung über eine der beiden Hauptfragen des Rechtsstreites (Ist die Klage begründet?) vor. Die Vorschrift des §. 53 Nr. 2 ist demnach hier nicht anwendbar [49]).

Gegen Erkenntnisse des Oberrichters, welche das vom Unterrichter gesprochene Urtheil, z. B. wegen Mangels der Kollegialberathung, aber nicht auch die vorausgegangenen Verhandlungen als nichtig aufheben, findet selbstständige Berufung nicht statt, wenn gleich dem aufhebenden Ausspruche ein an die Stelle des aufgehobenen tretendes Dekret oder ein Zwischenbescheid nicht ausdrücklich beigefügt ist. Denn jedes Erkenntniß, welches nur das Urtheil der vorigen Instanz als nichtig aufhebt, involvirt stillschweigend das prozeßleitende Dekret, daß die Akten nunmehr zu wiederholtem Spruche auszusetzen seyen [50]).

Dagegen ist die Berufung nicht ausgeschlossen, wenn das Obergericht das erstrichterliche Urtheil und die demselben vorausgegangenen Verhandlungen als nichtig aufgehoben hat [51]).

„Wer durch ein einfaches Dekret oder durch einen „Zwischenbescheid beschwert zu seyn glaubt, hat dage- „gen bei Vermeidung des Ausschlusses binnen 14 Tagen

49) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 65 ff., vgl. mit S. 138.

50) OAGE. v. 15. Juli 1843 Nr. 1154 42/43. Vgl. Nr. 1241 39/40. Bl. f. RA. Bd. V S. 224.

51) Schon nach dem Wortlaute paßt Nr. 2 des §. 53 nicht auf diesen Fall. Vgl. OAGE. v. 11. Dez. 1838 Nr. 171 38/39, vom 6. Aug. 1839 Nr. 935 38/39; vom 16. Jan. 1843 Nr. 1620 41/42. Bl. f. RA. Bd. IV S. 287. Man verwechsle damit nicht den Fall, wenn die Verhandlungen nicht als nichtig aufgehoben wurden, sondern nur die Anordnung einer Ergänzung geschah.

„sich bei Gericht zu verwahren. Es bleibt ihm sodann „das Recht vorbehalten, die Beschwerde hierüber mit „der Appellation gegen das End- oder beweisauflegende „Urtheil zu verbinden [51a])."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle wird bemerkt:

1) Nicht jede Beschwerdeführung wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide soll ausgeschlossen seyn, sondern es soll nur darüber keine selbstständige Appellation stattfinden. Wurde das einfache Dekret oder der Zwischenbescheid in Verbindung mit einem appellablen Erkenntisse erlassen, so kann unbedenklich die gegen letztere ergriffene Appellation auch auf die durch erstere zugefügte Beschwerde erstreckt werden [52]). Ergieng die inappellable Verfügung für sich, so ist die Beschwerdeführung dagegen nicht abgeschnitten, sondern nur vertagt; das Verfahren wird nach Maaßgabe des einfachen Dekretes oder Zwischenbescheides — unaufgehalten fortgeführt, bis es zu einem Erkenntnisse kommt, gegen welches selbstständige Berufung zulässig ist [53]). Fällt dieses völlig zu Gunsten desjenigen

51a) Nov. von 1837 §. 51 Absatz 2.

52) Plenarbeschluß des OAG. v. 26. April 1843. Motive Nr. 4—7 (Regb. S. 375—7.) — Bl. f. RA. Bd. VI S. 369 ff.; Bd. VII S. 361 ff.

53) Das Gesetz spricht zwar nur von der Appellation gegen das End- oder beweisauflegende Urtheil. Da aber die in §. 52 aufgeführten Erkenntnisse hinsichtlich der Zulässigkeit selbstständiger Berufung jenen namentlich bezeichneten gleichgestellt sind, so unterliegt es keinem Bedenken, daß die Geltendmachung der vorbehaltenen Beschwerde mit der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß, auch wenn dieses nur die Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede ausspricht oder einen nothwendigen Eid auflegt, verbunden werden kann und muß. OAGE. vom 29. April 1842. Nr. 123 41/42. Die Beschwerdeführung gegen einfache Dekrete und inappellable Zwischenbescheide soll nur keine selbstständige

aus, welcher im Laufe des Verfahrens durch ein einfaches Dekret oder einen Zwischenbescheid beschwert zu seyn glaubte, so ist nunmehr die Beschwerde gehoben, und für denselben kein Grund zur Ergreifung eines Rechtsmittels vorhanden. Bietet hingegen der Inhalt des appellablen Ausspruchs Anlaß zu einer Beschwerdeführung dar, so kann damit zugleich die früher durch eine prozeßleitende Verfügung oder eine Zwischenentscheidung erlittene Verletzung mit der Wirkung geltend gemacht werden, daß der Oberrichter, wenn er das Daseyn dieser Verletzung anerkennt, und den Appellanten nicht schon durch den Ausspruch in der Hauptsache völlig beschwerdefrei macht, durch Anordnung der geeigneten Ergänzung oder Berichtigung nachträglich Abhülfe verschafft. Uebrigens wollen die Gesetzesworte:

„Es bleibt das Recht vorbehalten, die Beschwerde „über die Zwischenverfügung mit der Appellation gegen „das End- oder beweisauflegende Urtheil zu verbinden."

keineswegs sagen, die vorbehaltene Beschwerde könne nachträglich nur da geltend gemacht werden, wo ausserdem noch ein andrer Grund, als die durch die Zwischenverfügung zugefügte Verletzung, zur Beschwerdeführung gegen Endurtheil oder Beweisinterlokut vorhanden ist; vielmehr ist der Fall der Verbindung der Berufung gegen Endurtheil oder Beweisinterlokut mit der vorbehaltenen Beschwerdeführung gegen die frühere Zwischenverfügung — auch da gegeben, wo Endurtheil oder Beweisinterlokut [54]) nur deßwegen angefochten werden, weil ihnen die frühere

Behelligung der Obergerichte bewirken können; kommt die Sache ohnehin zur oberrichterlichen Kognition, so hat sich diese auch auf Zwischenpunkte der fraglichen Art zu erstrecken, und dies selbst dann, wenn sich diese Zwischenpunkte erst während des Schwebens in der höhern Instanz ergeben. S. unten §. 9, I Nr. 2 lit. e.

54) Oder überhaupt der appellable Zwischenbescheid. S. Note 53.

Zwischenverfügung, als maßgebende Voraussetzung zu Grunde liegt. So z. B. wenn in dem Dekrete auf die Vernehmlassung eine dilatorische Einrede verworfen worden war, und nun gegen das spätere Beweisinterlokut aus keinem andern Grunde Beschwerde erhoben wird, als weil die Klage nicht — in Gemäßheit der verworfenen dilatorischen Einrede angebrachtermaßen abgewiesen wurde. Das Gesetz beabsichtigte in der angeführten Vorschrift, wie bemerkt, nur Abschneidung der Zwischenappellationen, es wäre dieser Absicht gerade zuwider, wenn man dieselbe so anwenden wollte, daß nicht blos eine Vertagung der Beschwerde gegen den Zwischenbescheid, z. B. über Verwerfung der dilatorischen Einrede, nicht blos eine Versagung der selbstständigen Beschwerdeführung, sondern eine gänzliche Entziehung derselben herauskommt [55]. — Eine nicht minder unrichtige Anwendung des Gesetzes würde es seyn, wenn in einem Falle, wo der vorige Richter unter Verwerfung dilatorischer Einreden auf Beweis erkannt hat, eine lediglich wegen der Verwerfung der Einreden resp. wegen Nichtabweisung der Klage [56] ohne weitere Beanstandung des Beweisinterlokutes erhobene Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen werden wollte [57].

2) Der Vorbehalt der künftigen Beschwerdeführung gegen das einfache Dekret oder den Zwischenbescheid versteht sich aber nicht von selbst, sondern ist durch, binnen 14 Tagen einzulegende, gerichtliche Verwahrung bedingt [58].

55) Bl. f. RA. Bd. VI S. 370 f.

56) In der angebrachten Art oder zur Zeit.

57) Bl. f. RA. a. a. O. S. 372.

58) Keine Anwendung findet dies auf diejenigen einfachen Dekrete und Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appellabeln Erkenntnisse erlassen, und mit diesem durch das Rechtsmittel der Appellation angefochten werden. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Regbl. S. 373, 378—80). Bl. f. RA. Bd. VI S. 373. Eben so wenig

„Das Versäumniß der rechtzeitigen Verwahrung hat die Rechtskraft des einfachen Dekrets oder des Zwischenbescheids zur Folge [59].“

Hat der Beschwerte, die richterliche Verfügung als eine zur selbstständigen Berufung geeignete betrachtend, statt der Verwahrung das Rechtsmittel der Appellation ergriffen, so wird dadurch die Stelle der Verwahrung nur dann vertreten, wenn die Einlegung in der für die Verwahrung vorgeschriebenen Frist erfolgte [60]. —

Hat der Beschwerte, wo der Fall zur selbstständigen Appellation geeignet ist, nur Verwahrung eingelegt, so

die Verwahrung binnen 14 Tagen nothwendig, wo es ohnehin Aufgabe der nächsten durch das einfache Dekret hervorgerufenen Prozeßhandlung ist, alle sich darbietenden Einwendungen gegen den Inhalt der gemachten Mittheilung oder hinsichtlich des Verfahrens darüber prozeßordnungsmäßig vorzutragen. Bl. f. RA. Bd. V S. 395. S. jedoch Komment. Bd. III S. 344 Note 7. — Unschädlich ist ferner die Unterlassung der Verwahrung, wenn der Zwischenbescheid, z. B. wegen mangelnder Kollegialberathung nichtig ist. OAGE. v. 5. Jan. 1843 Nr. 133 42/43.

59) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 3. Es wird nun so angesehen, als ob die fragliche Verfügung ganz prozeßordnungsmäßig gewesen wäre, und nach dieser Voraussetzung bestimmt sich ihr Einfluß auf das weitere Verfahren und künftige Urtheil. Wird z. B. gegen das Dekret, welches einzelne Beweismittel verwirft, nicht rechtzeitig Berufung eingelegt, so sind nun diese Beweismittel für den Produzenten verloren.

60) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 4. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 68 Note 4. — Bei Zurückweisung der unzulässigen binnen 14 Tagen eingereichten, und wegen obwaltenden Zweifels an das Obergericht vorgelegten Berufung hat Letzteres nicht auszusprechen, daß die Berufung als Verwahrung gelte, indem diese Frage zur Zeit nicht devolvirt ist. OAGBeschluß vom 1. Dez. 1841. Nr. 984 40/41.

wird dadurch die Stelle der versäumten Appellation nicht vertreten [61].

Die eingelegte Verwahrung wird unwirksam, wenn sie nicht bei der Appellation gegen das nächste appellable Erkenntniß ausdrücklich als Beschwerde vorgebracht wird. — Diese Vorschrift (§. 53 Nr. 6) bezieht sich aber nur auf solche Fälle, in welchen das auf die Verwahrung folgende nächste appellable Erkenntniß dem Verwahrenden Anlaß zu Ergreifung eines Rechtsmittels giebt, und derselbe bei der Appellation, welche er gegen den Ausspruch des appellablen Erkenntnisses ergreift, die früher gewahrte Beschwerde geltend zu machen im Stande ist. Wenn ihm aber Letzteres keine Beschwerde zufügt; wenn er außer Stande, dagegen zu appelliren, auch der frühern Verwahrung jetzt eine Folge zu geben, rechtlich gehindert ist, so kann ihm diese Unterlassung nicht zum Nachtheile gereichen, vielmehr muß der Oberrichter, wenn er das dem Verwahrenden vollkommen günstige Erkenntniß nicht zur Bestätigung geeignet findet, die durch die Verwahrung vorbehaltene Beschwerde von Amtswegen in Erwägung zieh'n [62]. — Indessen kann in solchen Fällen, wenn der Gegner appellirt, die durch die frühere Verwahrung gesicherte Beschwerde bei dem Oberrichter in Form einer vorsorglichen (eventuellen) Adhäsion angebracht werden [63].

War die Verwahrung gegen einen Ausspruch des Gerichts zweiter Instanz gerichtet, durch welchen zunächst ein

61) Nov. v. 1837 §. 53 Nr. 5. Bl. f. RA. a. a. O. Räthlich ist es in zweifelhaften Fällen, binnen 14 Tagen eine Berufungsschrift einzureichen. S. Bl. f. RA. a. a. O.

62) Arg. Const. 39. pr. de appellat. (7, 62) vgl. mit Bayer. LR. Th. II Kap. 4 §. 8, und die Anmerk. zu dieser Stelle. — Eine nähere Ausführung hierüber findet sich in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 367 ff. Vgl. Bd. VIII S. 331 Nr. 2 mit S. 114 Nr. 6.

63) OAGE. vom 29. April 1842 Nr. 123 41/42.

weiteres Erkenntniß erster Instanz herbeigeführt wird, so muß die durch die Verwahrung vorbehaltene Beschwerde, um seiner Zeit an die dritte Instanz gebracht werden zu können, mit der Berufung gegen das weitere erstrichterliche Erkenntniß bei dem zweiten Richter wiederholt werden [64]. Natürlich fällt diese Bedingung weg, wenn das neuere erstrichterliche Erkenntniß der Parthei, welche sich früher verwahrt hat, keinen Anlaß zu einer Beschwerdeführung gab.

II.

Beschränkungen der Berufung im Exekutionsverfahren [65].

„Die Appellation soll entweder gar nicht, oder we-„nigstens **quoad effectum suspensivum** nicht Statt haben.

„Von der Exekution, außer was den **modum** „derselben betrifft [66].“

„Aufschiebende Wirkung hat (im Exekutionsverfahren) „die Berufung oder Beschwerde nur hinsichtlich der Feil-„bietung der Exekutionsobjekte [67].“

In Gemäßheit dieser Gesetzesvorschrift ist es

1) unzulässig, darüber zu appelliren, daß ein rechtskräftiges Erkenntniß [68] vollstreckt werden soll [69]. Die

64) Vgl. unten §. 12, I a. E.

65) Es handelt sich hier nur von Beschränkungen der Appellationsbefugniß der unterliegenden Parthei. Vgl. unten §. 12, III Nr. 8. Die in §. 64 Abs. 4 Nr. 1 bestimmte Beschränkung gilt auch für den Sieger.

66) GO. XV §. 15 Eingang und Nr. 4.

67) Novelle von 1837 §. 108 Abs. 3.

68) v. Stürzer CGB. S. 760 Nr. 4.

69) Inwiefern bei dem Daseyn eines gerichtlichen Geständnisses die Exekution ohne Erlassung eines Urtheils eintritt — s. Bd. III S. 209 f. — Von der Gleichstellung gerichtlicher

Vollstreckung ist indessen dadurch bedingt, daß der Inhalt des Erkenntnisses feststehe. Lassen die dunkel oder unbestimmt gefaßten Urtheilsworte eine mehrfache Auslegung zu, oder liegt überhaupt der Verfügung, welche die Exekution einleitet, eine als unrichtig beanstandete Deutung des Urtheils zu Grunde, so ist Appellation gegen diese Verfügung, nach erfolgloser Remonstration, allerdings zulässig [70].

2) Auch im Exekutionsverfahren ist gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide, z. B. gegen Bestimmungen über Einleitung von Verhandlungen, über Fristen und Termine oder Beibringung von Probemitteln [71], über Zeugenvernehmungen und Schätzungen u. dgl. nur Verwahrung, nicht selbstständige Berufung zulässig.

3) Appellation ist zuläßig gegen die richterlichen Verfügungen, welche die Art und Weise der Exekution, die Mittel derselben, die Sachen, woran sie statt haben soll, oder über Vollstreckung an der Person bestimmen, — welche Beschlagnahme, Immission, Subhastation anordnen [72], oder welche Exekutionseinreden (§. 8 Nr. 1) verwerfen, oder den Suspensiveffekt einer Appellation, Restitution, Nullitätsklage oder Intervention verweigern.

Vergleiche mit rechtskräftigen Erkenntnissen in Bezug auf Exekution — s. unten Kap. XVII §. 1.

70) Fr. 4. de appellat. (49, 1) pr. „Ab executore sententiae appellare non licet." §. 1. „Sed ab eo, qui sententiam male interpretari dicitur, appellare licet." Vgl. Const. 5. Quorum appellationes non recipiantur (7, 65).

71) Es handelt sich hier nicht von Beweisinterlokuten, welche im Exekutionsverfahren nicht vorkommen, sondern von sog. Prälokuten der oben Note 38 bemerkten Art.

72) Ueberall, wo die Verfügung auf einseitigen Antrag des Siegers ergieng, ist die Zulässigkeit der Appellation durch vorgängige erfolglose Remonstration bedingt.

4) Was der §. 108 der Novelle von 1837 bezüglich der aufschiebenden Wirkung der Beschwerdeführungen im Exekutionsverfahren bestimmt, paßt nur auf den Fall, wenn die Exekution durch Veräusserung von Vermögensstücken des der Exekution Unterworfenen geschehen soll. Für die übrigen Fälle gilt gleichfalls nach Vorschrift der Gerichtsordnung als Regel die Versagung des Suspensiveffektes. Ausnahmsweise ist zufolge analoger Anwendung des im §. 108 der Novelle in Betreff der Feilbietung Bestimmten und nach der Natur der Sache die aufschiebende Wirkung zu bewilligen, wo die einmal geschehene Vollstreckung der fraglichen Verfügung nicht oder nicht ohne Verursachung großer Kosten rückgängig gemacht werden könnte [73]), oder wo der sich aus einstweiligem Aufschub des Vollzugs ergebende Nachtheil im Verhältnisse zu dem, welcher durch die wirkliche Vollstreckung dem Gegentheil zugefügt würde, als bei weitem geringer erscheint [74]). Handelt es sich bei der Beschwerdeführung von einer Beanstandung des Sinnes, in welchem der Richter das zu vollstreckende Erkenntniß auffaßt, so ist dem Suspensiveffekt in so weit, als der Richter selbst die Zweifelhaftigkeit anerkennt, die aufschiebende Wirkung nicht zu versagen. — Uebrigens tritt die Gewährung des Suspensiveffektes überall erst bei derjenigen Vollstreckungshandlung ein, welche nicht blos eine einstweilige Beschränkung [75]), sondern einen bleibenden, nicht oder schwer zu vergütenden Nachtheil mit sich bringen würde; auch werden durch diese Gewäh-

73) Z. B. wenn die Vollstreckung in Niederreißung eines Gebäudes besteht.

74) So überall, wo die Erfüllung dessen, was das Urtheil befiehlt, große Kosten verursacht.

75) Ist in dem Urtheil etwas zu thun untersagt worden, so steht die Gewährung des Suspensiveffectes der Erzwingung einstweiliger Unterlassung (abgesehen von Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge) nicht entgegen.

rung angemessene Maßregeln zur Sicherung des künftigen Vollzuges nicht gehindert [76]). — Wo Zweifel obwalten, ist der Suspensiveffekt eher zu gewähren, als zu versagen [77]).

Die in Vorstehendem (Nr. 4) erörterte Beschränkung des Suspensiveffektes ist nicht anwendbar auf Berufungen gegen Erkenntnisse, welche in dem zufolge der frühern Entscheidung der Hauptsache nachträglich gepflognen Liquidationsverfahren ergangen sind [78]).

Ueber die Berufungsfrist im Exekutionsverfahren s. unten §. 6, über die Beschränkung der Revision gegen Beschlüsse im Exekutionsverfahren — §. 12, III Nr. 8.

III.

Berufungssumme [79]).

Die Berufungssumme beträgt bei Appellationen von

76) Für Fälle, in welchen der Unterliegende verurtheilt ist, dem Sieger eine Sache herauszugeben, verordnet Const. 5 quorum appellat. (7, 65): Wenn es eine bewegliche Sache ist, zu deren Herausgabe die Exekution eingeleitet ist, soll dieselbe, wenn Appellation eingelegt worden, dem Besitzer entzogen, bei einem Sequester untergebracht und demjenigen Theile verabfolgt werden, für den der Oberrichter entscheiden wird. Ist aber die Hülfsvollstreckung in Ansehung eines Grundstückes zugestanden worden, und hat die Appellation dieselbe aufgehalten, so sollen alle in der Zeit des Obschwebens der Appellation gewonnenen Nutzungen in deposito behalten werden, während das Grundstück (statt „jure fundi“ steht in der Parallelstelle des sog. Ulpianus de edendo (Tit. de Appellat.) offenbar richtiger „fundo“) dem Appellanten verbleibt.

77) Vgl. übrigens in Bezug auf den Suspensiveffekt — unten den Schluß des §. 3, sodann §. 8 und §. 9, II.

78) GO. XVII §. 4 Nr. 7.

79) Martin's Lehrbuch §. 277 vgl. mit Bayers Vorträgen

der I. an die II. Instanz [80]), wenn ein Untergericht in erster Instanz erkannt hat, fünfzig Gulden Geld oder Geldeswerth [81]); wenn ein Obergericht die erste Instanz war, hundert Gulden [82]). Die Vorschrift der GO., nach welcher früher Berufungen gegen Erkenntnisse der Untergerichte „aus besonders erheblichen Ursachen" auch bei geringerem Betrage zugelassen werden konnten, ist durch den §. 57 der Novelle von 1837 aufgehoben [83]).

zu diesem §en; Linde im Lehrb. §. 403; im Handbuch Bd. IV §. 79 f., im Archiv für civil. Praxis Bd. IX S. 219—46, Bd. XI S. 91—123, 204—228, in der Gießner Zeitschrift Bd. X S. 188 ff., Bd. XVIII S. 141 f. — Pfeiffer in den prakt. Ausführungen Bd. VI S. 211 ff.

80) Von der Berufungssumme in Oberberufungs- (Revisions-) Fällen s. unten §. 12.

81) Die besondre Vorschrift vom 28. Nov. 1803 (Nov. Samml. I S. 275), nach welcher diese Summen von fünfzig resp. hundert Gulden in den vormaligen Fürstenthümern Würzburg und Bamberg in fränkischer Währung (1 fl. = 1 fl. 15 kr. rh.) zu verstehen sind, ist durch die Novelle von 1837 nicht außer Kraft gesetzt. Minist. Reskript vom 31. Mai 1839.

82) Novelle vom 16. Aug. 1779 (Mayr G. S. Bd. I S. 152, 189), erneuert am 11. Febr. 1811 (Regbl. S. 235). Die Summe von hundert Gulden ist insbesondere erforderlich, wenn gegen ein wegen Mangels der Summe oder wegen Desertion abweisendes Obergerichts-Erkenntniß, oder gegen ein Erkenntniß des Obergerichts über eine bei ihm eingereichte Nullitätsklage an den obersten Gerichtshof appellirt wird. Plenarbeschluß des OAG. vom 13. Dez. 1838 (Regb. von 1839 S. 7—14); Bl. f. RA. Bd. III S. 363—4; Bd. IV S. 44, 135, 238; Bd. VIII S. 192. Wenn hingegen eine Berufung vom Obergericht wegen Mangels der Eigenschaft einer Justizsache zurückgewiesen ist, so wird, um dagegen an die III. Instanz zu gehen, die Revisionssumme (s. unten §. 12) erfordert. Bl. f. RA. Bd. V S. 47 Nr. 7.

83) Diese Aufhebung liegt darin, daß die frühere Vorschrift in

Der Beschwerdegegenstand[84]) muß die Summe von fünfzig resp. hundert Gulden erreichen; derselbe kann weniger oder auch mehr betragen, als der ursprüngliche Streitgegenstand; er kann sich verschieden darstellen, je nachdem der Kläger oder der Beklagte appellirt[85]). Bei Appellationen des Klägers fragt es sich: welche Geldsumme oder wieviel an Geldeswerth sucht der Appellant durch die erbetene Abänderung des vorigen Erkenntnisses unmittelbar oder mittelbar zu erlangen? Bei Appellationen des Beklagten kommt es auf den Geld-Betrag oder Werth an, welchen der Appellant durch die Beschwerdeführung gegen die Ansprüche seines Gegners zu behaupten strebt[86]). — Uebrigens handelt es sich nicht davon, um wie viel der Appellant wirklich beschwert ist, sondern davon, auf wieviel seine Beschwerde gerichtet ist[87]).

der Novelle ohne den frühern beschränkenden Zusatz wiederholt wurde.

84) Auf dem Standpunkte der Gesetzgebung vor 1837 hat Steppes (v. Zurhein's Zeitschrift Bd. II S. 41—50) — gegen eine entschiedne Praxis — die Ansicht vertheidigt, es komme nicht auf die Beschwerdesumme, sondern auf die Streitsumme an. — Nach dem §. 57 der Nov. von 1837 kann kein Zweifel mehr obwalten.

85) Dieser Grundsatz ist in Abs. 3 des §. 61 der Nov. ausgesprochen: „um wie viel das Grundstück des appellirenden Theils."

86) Appellationen eines Prinzipalintervenienten sind denen eines Klägers gleichzustellen. Bei Berufungen eines accessorischen Intervenienten kommt es darauf an, in welcher Partheirolle intervenirt wurde.

87) OAGE. vom 20. Aug. 1842 Nr. 1438 39/40. Indessen bleiben solche Beschwerdepunkte unberücksichtigt, zu welchen die frühere Verhandlung auch nicht einmal eine faktische Veranlassung darbietet. Mevius decis. II, 79: „Si quidquam petitum fuerit, de quo nihil controversiae existit, im-

Ob der Appellant geradezu auf Verurtheilung des Gegners resp. auf Entbindung von einem Anspruche desselben, oder zunächst auf Erlassung eines Zwischenbescheides, anträgt, macht keinen Unterschied; insofern auch dieser Antrag mittelbar die Erlangung oder Behauptung eines gewissen Betrages von Geld oder Geldeswerth bezweckt [88]). Eben so wenig Unterschied macht es, ob der vorliegende Rechtsstreit eine definitive Feststellung des in Frage befindlichen Rechtsverhältnisses zur Aufgabe hat, oder ob dem unterliegenden Theile noch eine weitere Rechtsverfolgung vorbehalten bleibt.

Welches der Gegenstand sey, auf dessen Geldwerth es zur Ausmittlung der Berufungssumme ankommt, erscheint häufig als zweifelhaft. Eine Reihe von Zweifelsfragen dieses Betreffs soll hier ins Auge gefaßt werden:

1) Ist auf Herausgabe einer Sache aus dem Grunde des Eigenthums [89]), oder mit einem possessorischen Rechtsmittel oder mit der **actio ad exhibendum** geklagt, so kommt es bei Appellationen des Klägers auf den Werth der in Anspruch genommenen Sache an [90]); eben so bei Appellationen des Beklagten, sofern nicht die Herausgabe lediglich

mixtum tantum appellationi ad augendam litis quantitatem, velut in fraudem legis tendens non attenditur." Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 269.

88) Wie z. B. Editions-Anträge. OAGAkt. Nr. 131 43/44. Bei Appellationen über eine Kautions-Auflage zu bestimmtem Betrage oder über Zurückweisung des darauf gestellten Antrages, oder über ein Mehr oder Minder der Kaution kommt es auf den in der Berufungsinstanz in Frage befindlichen Kautionsbetrag an. Vgl. Pfeiffer a. a. O. S. 367.

89) Wohl zu unterscheiden von Geltendmachung des sog. Obereigenthums, als des Inbegriffs gutsherrlicher Rechte, wo nicht der Werth der Sache selbst in Frage steht.

90) Pfeiffer a. a. O. S. 278—9.

lediglich wegen eines Gegenanspruchs verweigert wird, in welchem Falle auf den Betrag oder Werth dieses Gegenanspruchs zu sehen ist [91]). — In Pfandsachen kann für Berufungen des Gläubigers keine den Forderungsbetrag übersteigende Appellationssumme angenommen werden; wohingegen für Berufungen des Pfandschuldners auch der Werth der Pfandsache in Betracht kommt. Dieselbe Unterscheidung gilt bei Realarresten und im Exekutionsverfahren, wenn es sich von der Verwendung gewisser Sachen zur Hülfsvollstreckung handelt. Erreicht der Werth der Sache, welche mit dem Pfandnexus bestrickt, in Beschlag genommen oder zur Exekution verwendet werden soll, den Betrag der Appellationssumme, so steht der etwa geringere Betrag der geltend gemachten Forderung der Zulassung des vom Schuldner [92]) ergriffenen Rechtsmittels nicht im Wege; die Sache, deren Verlust ihm droht, bildet für ihn den Beschwerdegegenstand [93]); wohingegen für

91) Vgl. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 262.

92) Oder einem intervenirenden Dritten. Pfeiffer a. a. O. S. 280—1.

93) Vgl. Linde in der Gießner Zeitschrift S. 180—2: „Wenn „in der Exekutionsinstanz über die Veräußerung eines Exe„kutionsobjekts Streit entsteht, und dieser durch richterliches „Erkenntniß entschieden wird, dann ist die Beschwerde, welche „der Schuldner darin findet, daß gerade dieser Gegenstand „angegriffen werden soll, eine neue selbstständige, mit der „Entscheidung über die abgeurtheilte Hauptsache keineswegs „in dem Zusammenhange stehende, daß die Frage der Appel„labilität bezüglich der Appellationssumme nach dem Betrage „der Forderung zu ermitteln wäre.“ Ferner a. a. O. S. 208—9: „Wenn der Richter durch eine Arrestverfügung „den Impetraten verhindert, über ein Objekt im Werthe „von vielen Tausenden frei zu verfügen, so hebt der Um„stand, daß er ihm zugleich gestattet, vermittelst Zahlung „oder auch nur Deposition von Hundert, jenem Arrest aus„zuweichen, die in der Arrestverfügung liegende Beschwerde „nicht auf.“

Berufungen des Gläubigers in solchen Beziehungen immer nur der Betrag der zu deckenden resp. zu realisirenden Forderung in Betracht kommt [94]).

2) Wird aus Veranlassung einer Klage auf einzelne Leistungen das Recht selbst, zufolge dessen dergleichen wiederkehrende Leistungen gebühren sollen, in Streit gezogen, so ist bei vorkommenden Rechtsmitteln nicht der Betrag der eingeklagten einzelnen Leistungen, sondern das die Quelle der Forderung bildende Recht, soweit es auch die Aufgabe der oberrichterlichen Prüfung ausmacht, als Beschwerdegegenstand hinsichtlich der Berufungssumme anzusehen [95]). Dagegen kommt der Umstand, daß von dem in dem vorliegenden Prozesse zur Entscheidung zu bringenden Rechtsprinzip auch das Schicksal andrer gleichartiger Prozesse unter denselben Personen oder zwischen einer der Partheien und Dritten abhängt, zur Bestimmung dessen, was Beschwerdegegenstand sey, nicht in Betracht [96]).

3) Handelt es sich bei Forderungsklagen davon, daß der eine Theil eine Sache dem andern zum Eigenthum überlasse [97]), so wird, um den Werth des Beschwerdegegenstandes festzustellen, die etwaige Gegenleistung nicht in Abzug gebracht, z. B. in Prozessen über Kauf und Verkauf nicht blos die Differenz zwischen dem Kaufpreis und

94) Für den Gläubiger ist die Pfandsache, das Arrest- oder Exekutions-Objekt immer nur Mittel zum Zwecke und nur nach dem Zwecke kann sich die Berufungssumme bestimmen.

95) So insbesondre, wenn auf Beweis des Rechtes selbst interloquirt worden ist. Bl. f. RA. Bd. VII S. 192. — Vgl. v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 793.

96) OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. 26 38/39. Andrer Meinung — Pfeiffer a. a. O. S. 388—398.

97) Diese Beschaffenheit haben auch die Retraktsklagen, bei welchen auf den Werth der auszulösenden Sache gesehen wird. OAGE. vom 28. Nov. 1842 Nr. 676 39/40. Vgl. Nr. 486 39/40 und Nr. 556 40/41.

dem wahren Werth der Sache als Beschwerdegegenstand angenommen, sondern dieser besteht in der Sache selbst resp. dem Kaufpreis [98]). Steht indessen nicht die Erfüllung des Vertrages im Ganzen in Frage, betrifft die Beschwerde ein diese nicht bedingendes Mehr oder Minder pekuniärer Leistung, oder handelt es sich von einer Entschädigung wegen Nichterfüllung, so bildet eben das in Frage befindliche Mehr oder Minder, oder der Entschädigungsbetrag, soweit er der oberrichterlichen Entscheidung unterstellt wird, den Beschwerdegegenstand [99]).

4) Ist die Appellation eines Verpächters oder Vermiethers darauf gerichtet, daß der andre den Vollzug des Geschäftes weigernde Kontrahent zur Erfüllung angehalten

98) Pfeiffer a. a. O. S. 301: „Bei einem Rechtsstreite über Verträge jener Art macht, wenn es hierbei auf die Erfüllung derselben, und nicht etwa blos auf eine deßhalb zu leistende Entschädigung, ankommt, die Sache selbst, deren eigenthümliche Ueberlassung beziehungsweise Erwerbung in Folge der Vertragserfüllung bezweckt wird, den eigentlichen Streit- und Beschwerdegegenstand aus; der Werth dieser Sache bestimmt daher zugleich das Interesse des Appellanten, welches sonach mit jenem Werthe zusammenfällt. Wollte man dieses nicht annehmen, so würde in den meisten Fällen, in denen auf Erfüllung eines zweiseitigen Kontraktes geklagt wird, und namentlich immer dann, wenn die Leistung des einen Kontrahenten mit der Gegenleistung des andern in einem genau entsprechenden Verhältniße steht, was man doch in der Regel als von den Kontrahenten beabsichtigt voraussetzen muß, gar kein Stoff zur Nachweisung eines besonderen, nach dem gemeinen Werthe anzuschlagenden, Interesses für den Appellanten übrig bleiben, und demzufolge das Ergebniß einer gerichtlichen Verhandlung in allen solchen Fällen auf den Ausspruch des Richters der untersten Instanz beschränkt seyn, möchte auch der Vertragsgegenstand von noch so beträchtlichem Werthe seyn."

99) Pfeiffer a. a. O. S. 306.

werde, so besteht der Beschwerdegegenstand in der Summe der in der bedungenen Zeit anfallenden Pacht- resp. Miethgelder. Wenn auf der andern Seite ein appellirender Pächter oder Miether ein oberrichterliches Urtheil auf Vertragserfüllung, nämlich auf Ueberlassung der vertragsmäßigen Nutzung oder Wohnung, erstrebt, so bildet der in Anspruch genommene vertragsmäßige Genuß und Gebrauch den Beschwerdegegenstand, über dessen Werth das verabredete Pacht- resp. Miethgeld [100]) zum Anhaltspunkte dient [101]); vorbehaltlich einer Schätzung, wenn sie der Appellant beantragt [102]). Für den Fall, wenn nicht die Erfüllung des Vertrages im Ganzen oder wenn nur eine Entschädigung wegen Nichterfüllung in Frage steht, gilt das hierüber vom Kaufe bemerkte [103]).

5) Ist über alternative Leistungen erkannt, so kann der Beschwerdegegenstand immer nur in einer derselben resp. deren Werthe bestehen; und zwar, wo die Wahl dem Schuldner zustehen würde, in derjenigen von geringerem Werthe, weil mit dieser der Gläubiger befriedigt, der Schuldner befreit werden kann [104]). Anders verhält es sich im Falle der dem Berechtigten zustehenden Wahl, oder wo gerade darüber, wem die Wahl zustehe, gestritten wird.

100) D. h. die Summe des während der (durch Vertrag oder Herkommen) festgesetzten Dauer des Verhältnisses Anfallenden.

101) Es ist bezüglich der Berufungssumme ganz dasselbe Verhältniß, wie beim Kaufe; wer ein Grundstück auf 4 Jahre um jährliche **300** fl. gepachtet hat, ist so anzusehen, als ob er den Genuß der 4 Jahre um **1200** fl. gekauft habe.

102) Wenn er besonders wohlfeil gepachtet hat, so kann der Werth des Pachtgenusses, also des Beschwerdegegenstandes, mehr betragen, als das bedungene Pachtgeld.

103) Pfeiffer a. a. O. S. **305**. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. **111**.

104) Gönner im Handbuch IV S. **325**; Pfeiffer a. a. O. S. **357**—**8**.

6) Bei Appellationen über Verwerfung von Einreden, deren Rechtsgrund sich auch zur Geltendmachung auf dem Wege der Klage eignet, kommt der etwaige Mehrbetrag der Gegenforderung [105]) nicht in Betracht [106]). Denn die Einrede soll ja nur Befreiung von der Klage, nicht eine Zuerkennung an den Beklagten wirken [107]).

7) Handelt es sich in der Beschwerdeführung nur von einem Theile eines Ganzen, so kann natürlich nicht dieses, sondern nur jener als Beschwerdegegenstand angesehen werden [108]).

Für die **Berechnung** der Berufungssumme gelten folgende Grundsätze:

1) „Alles dasjenige bleibt ausgeschlossen, was unter „den Partheien nicht mehr streitig ist. Auch Zinsen, Ko- „sten, Schäden, Früchte — als Nebensache zu- oder ab- „erkannt, kommen hiebei nicht in Anschlag [109]).

Ist der Rechtsgrund, aus welchem eine Sache gefordert wird, als richtig anerkannt, aber dessen Wirksamkeit durch eine Einrede beanstandet, so läßt sich nicht sagen, daß über die Sache selbst kein Streit mehr unter den Partheien, und die Beschwerdesumme nur nach dem Interesse, welches sich aus dem Inhalte der Einrede ergibt, zu berechnen sey. Mag die Herausgabe auf dem Grunde

105) D. h. um wieviel die der Einrede zu Grunde liegende Gegenforderung den Betrag des Klaggegenstandes übersteigt.

106) Ueber den Fall, wenn die Gegenforderung zugleich wiederklagsweise geltend gemacht wurde — vgl. Note 117 a. E. und Note 130.

107) OAGE. vom 12. Jänner 1844 Nr. 196 41/42. Folgeweise kann in Ansehung des Mehrbetrages die Verwerfung der Einrede auch keine Rechtskraft für die künftige Geltendmachung auf dem Wege der Klage äußern.

108) OAGE. vom 26. Juli 1842 Nr. 1506 40/41.

109) §. 58 der Nov. von 1837.

einer verneinenden Kriegsbefestigung oder einer wahren Einrede verweigert werden, in beiden Fällen ist die Sache selbst Gegenstand des unter den Partheien obwaltenden Streites. Nur Beschwerdegegenstand ist sie nicht, wo der Beklagte blos darüber appellirt, daß seine auf einen Gegenanspruch gestützten Anträge nicht oder nicht gehörig gewürdigt worden, — indem aus dem Standpunkte dieser Beschwerde, die vom Kläger geforderte Sache resp. deren Retention nur als Mittel zum Zwecke des Gegenanspruchs erscheint.

Die Schlußworte des §en: „kommen hiebei nicht in Anschlag" sprechen es deutlich aus, daß die in dem zweiten Satze des §en enthaltene Vorschrift nur der Bildung der Berufungssumme durch Zusammenrechnen der Hauptsache und der bezeichneten Nebensachen, wo weder jene noch diese für sich die gesetzliche Summe erreichen, in den Weg treten soll. Verschieden von der Bildung der Berufungssumme durch Zusammenrechnen ist die Erstreckung der Wirksamkeit der in Ansehung der Hauptsache allein oder der Nebensachen allein vorhandenen Berufungssumme auf die connexen Beschwerden, welche in Betreff des andern, die Berufungssumme für sich nicht erreichenden Gegenstandes erhoben werden. Diese Wirkung der Konnexität ist vom Gesetze nicht ausgeschlossen [110]. Demzufolge findet die Berufung auch hinsichtlich der Nebensachen statt, wenn die Hauptsache für sich die Berufungssumme erreicht; eben so wird, wenn die zu- oder aberkannten Nebensachen für sich die Berufungssumme erreichen, auch die Beschwerde, welche in der für sich die Berufungssumme nicht erreichenden Hauptsache erhoben ist, an den Oberrichter devolvirt.

Hinsichtlich der mit dem Hauptstück geforderten Zinsen macht es keinen Unterschied, ob sie als bedungene oder wegen Verzugs resp. unbefugter Kapitalnutzung in

110) v. d. Pfordten in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 46.

Anspruch genommen sind. Die Vorschrift des Gesetzes gilt für beide Arten von Zinsen [111]. Bringt ein Geschäftsführer mit den Geldern, welche er für den Geschäftsherrn ausgelegt hat, auch die Zinsen davon in Rechnung, so ist dies Bestandtheil, nicht Nebensache der ihm gebührenden Schadloshaltung. Eben so wenig sind Zinsen, welche wegen versäumter Anlegung zu verwaltender Gelder begehrt werden, als Nebensache zu betrachten.

Auch die als Nebensache [112] zu- oder aberkannten „Schäden" sollen bei Berechnung der Berufungssumme nicht in Anschlag kommen. Offenbar paßt dies nicht auf Fälle, in welchen eine zu leistende Entschädigung den oder einen Hauptgegenstand der Klage resp. Beschwerde bildet [113]. In Fällen solcher Art kann die fragliche Vorschrift auch nicht dazu dienen, die Rücksicht auf die accessorischen, als Nachwirkung der beschädigenden Handlung eingetretenen Nachtheile [114] auszuschließen, deren Ersatz in Verbindung mit der Vergütung der „rei aestimatio" die als Hauptsache geforderte Leistung des „omne id quod interest" bildet.

111) Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 263.

112) Es handelt sich hier von Vergütung solcher durch die bisherige Entziehung der Hauptsache zugefügten Nachtheile, welche durch Zinszahlung oder Ersatz von Früchten nicht gutgemacht werden. Beschränkung auf die durch den Prozeß verursachten Schäden hat wohl der Gesetzgeber ebenso wenig hier beabsichtigt, als bei der gleichen Zusammenstellung der Schäden mit Zinsen, Kosten und Nutzungen in Nr. 1 §. 1 der Nov. von 1837.

113) Z. B. aus einem Pachtvertrage wurde a) rückständiges Pachtgeld, b) Entschädigung für Deteriorationen des Pachtgutes zuerkannt. Hier ist zwar die Entschädigung neben dem Pachtgelde, nicht aber als Nebensache zuerkannt worden.

114) Vgl. Fr. 22 §. 1 ad leg. Aquil. (9, 2); Fr. 13 ratam rem haberi (46, 8).

Unter den Früchten, welche nicht in Anschlag kommen, sind auch die Rückstände an Renten und andern gutsherrlichen Reichnissen begriffen, welche in dem Erkenntnisse über das Recht selbst folgeweise zu- oder aberkannt wurden [115]).

Daß die Nebensachen verschiedner Art unter sich, z. B. zuerkannte Zinsen mit aufgebürdeten Kosten, zur Bildung der Berufungssumme zusammengerechnet werden, unterliegt keinem Bedenken. Das Gesetz untersagt nur die Zusammenrechnung des Betrags der Nebensachen mit dem Betrag der Hauptsache.

Wo vom Beklagten Vergütung für gehabte Auslagen an Zinsen, Kosten und Schäden begehrt wird, sey es auch in Verbindung mit dem Ersatz für einen als Hauptsache erscheinenden Gegenstand, da ist jene Vergütungsforderung nicht als Nebensache anzusehen, daher der §. 58 hierauf nicht anwendbar. — Ist auf dem Grunde einer unter den Partheien gepflognen Abrechnung geklagt, so kann der Umstand, daß unter den Abrechnungsposten auch Nebensachen der hier in Frage befindlichen Art begriffen waren, nicht dazu dienen, das Vorhandenseyn der Berufungssumme zu beanstanden.

2) „Bei Klagen und Wiederklagen findet eine Zu„sammenrechnung der Klags- und Wiederklagssumme nicht „statt [116]).“ Ist die Berufungssumme bei einer derselben (Klage oder Wiederklage) nicht vorhanden, so kann diese nicht an den Oberrichter gebracht werden, wenn auch die andre, für sich allein, die Berufungssumme erreicht.

115) OAGE. vom 25. Jänner 1841 Nr. 233 32/33; vom 16. Jan. 1841 Nr. 978 34/35; vom 11. Dez. 1840 Nr. 469 35/36; vom 16. Dez 1842 Nr. 1414 39/40; vom 5. Okt. 1841 Nr. 507 40/41; vom 3. März 1843 Nr. 1289 40/41; vom 18. April 1842 Nr. 798 41/42.

116) Nov. v. 1837 §. 62.

In der Prüfung, ob die gesetzliche Summe vorhanden, sind Klage und Wiederklage immer gesondert zu betrachten [117]).

3) „Wenn mehrere Klagen, welche einerlei Ursprung „haben, auf eine nach GO. Kap. IV §. 9 erlaubte Weise „in einer Klagschrift vereinigt worden sind, so findet auch „zum Zwecke der Appellation die Zusammenrechnung der „Summe statt;" und zwar ohne Unterschied objektiver und subjektiver Klagenhäufung [118]).

Eine Verbindung mehrerer Klagen [119]) in derselben Klagschrift ist nicht blos dann zulässig, wenn sie einerlei Ursprung, z. B. in einem Vertrags- resp. Geschäftsverhältnisse haben, sondern auch ausserdem, so oft nicht zu besorgen ist, daß durch die Verhandlung der mehrern Klagen in denselben Akten Unordnung im Prozeßgang ent-

117) v. Stürzer in den Motiven zum §. 62 und in den Verhandl. der K. d. A. von 1837 Beilag. Bd. VI S. 223. — Bei der bestimmten diesen Satz aussprechenden Erklärung des Regierungskommissärs, aus dessen Feder der Gesetzentwurf geflossen ist, kann man der abweichenden Ansicht v. d. Pfordten's (Bl. f. RA. Bd. VIII S. 39), welcher auch hier den Unterschied zwischen Zusammenrechnung und der Wirkung prozeßualischer Konnexität geltend macht, nicht beipflichten. — Nach der oben im Texte adoptirten Ansicht hat auch das OAG. erkannt in der Rechtssache Nr. 533 38/39. Bl. f. RA. Bd. IV S. 416. — Eine Ausnahme rechtfertigt sich jedoch in dem Falle, wenn sich der Ausspruch über die Wiederklage nur als eine Folge des Ausspruchs in der Vorklage darstellt. Vgl. unten Note 130. — S. auch OAGAkt. Nr. 1665. 41/42.

118) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 203. Vgl. OAGAkt. Nr. 427 38/39, Nr. 981 39/40, 656 38/39, 471 35/36, 719 39/40.

119) Wenn aus einer unter den Partheien über mehrere Forderungen verschiedenen Ursprungs gepflogenen Abrechnung geklagt wird, so sind es nicht mehrere, es ist nur eine Klage, nämlich die aus der Abrechnung.

stehen werde [120]. — Die Zulässigkeit der Zusammenrechnung zur Bildung der Berufungssumme ist jedoch durch die deutliche Vorschrift des Gesetzes auf den Fall beschränkt, wenn die mehrern Klagen einerlei Ursprung haben [121]. — Eine Ausnahme hievon findet nur im Konkursprozesse statt, „wo nicht auf die einzelnen Forderungen eines Appellanten, sondern auf den Gesammtbetrag derjenigen seiner Forderungen gesehen wird, in Ansehung deren die Liquidität oder Priorität streitig ist [122].“

Unzulässig ist es in der Regel, die Forderungen mehrerer Gläubiger, welche durch einen Ausspruch des Prioritätsurtheils eine gemeinschaftliche Beschwerde erlitten, zur Bildung der Berufungssumme zusammenzurechnen [123]. „Ausnahmsweise ist in Fällen, wo im Namen mehrerer „unter einer und derselben Verwaltung stehen„den Stiftungen in einer und derselben Berufungsschrift „und aus gemeinschaftlichen Gründen [124]) gegen

120) Komment. zur GO. Bd. II S. 153—4.

121) Z. B. aus einer vormundschaftlichen Verwaltung oder andern fortlaufenden Geschäftsführung entspringen. — Einerlei Ursprung ist auch anzunehmen, wenn Gilt, Grundzins, Zehent, Frohndienste u. dgl. gegen mehrere Personen auf dem Grunde desselben Saalbuches, desselben eine ganze Markung oder einen Theil derselben umfassenden grund-zehent-vogteiherrlichen Verhältnisses in Anspruch genommen sind.

122) Auch auf den Betrag derjenigen Forderung, deren Liquidität oder Priorität resp. Gleichstellung mit der Forderung des Appellanten bekämpft wird, kommt es an; wenn diese die Berufungssumme nicht erreicht, so kann der Appellant durch das oberrichterliche Urtheil nicht soviel erlangen, als die Berufungssumme beträgt. Pfeiffer a. a. O. S. 335.

123) Gönner in seinen und Schmidtlein's Jahrbüchern Bd. II S. 216.

124) Daß etwa für eine der Stiftungen noch besondre Gründe streiten, steht nicht im Wege.

„ein Prioritätsurtheil appellirt wird, die Beschwerdesumme „nicht nach den einzelnen Forderungen für jede einzelne „Stiftung, sondern nach der Größe aller Forderungen „der gemeinschaftlich appellirenden Stiftungen zu be„rechnen [125]).“

4) Den Gegenstand mehrerer dieselbe Klagsache betreffenden Beschwerden, z. B. der mehreren Beschwerden über verschiedne Einreden [126]) zusammenzurechnen, unterliegt keinem Bedenken. Daß die thatsächlichen Gründe, z. B. der mehrern Einreden, denselben Ursprung haben oder überhaupt unter sich materiell konnex sind, wird nicht erfordert. — Beziehen sich die mehrern Beschwerden auf einen und denselben Gegenstand [127]), so kann natürlich dessen Werth nur einmal in Anschlag kommen [128]). —

125) Diese Vorschrift ist aus einer Verordnung vom 18. Febr. 1815 genommen. Vgl. Gönner und Schmidtlein Jahrbücher Bd. II S. 220—1.

126) Bl. f. RA. Bd. V S. 280.

127) D. h. Will im Endresultate mit der einen Beschwerde nur dasselbe erreicht werden, was die andre bezweckt, z. B. siegreiche Durchführung der Klage oder Entbindung von derselben in Betreff eines Gegenstandes resp. Betrages.

128) Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn einer eingeklagten Forderung a) die Einrede der Erlassung, b) die der Kompensation entgegengesetzt, und beide Einreden als völlig unbegründet verworfen wurden. Wird das Urtheil rechtskräftig, so muß der Beklagte jetzt den Betrag der eingeklagten Forderung zahlen, und kann auch die zum Zwecke der Kompensation geltend gemachte Gegenforderung, weil sie als unbegründet zurückgewiesen worden, nicht mehr auf dem Weg der Klage geltend machen. Demzufolge ist es allerdings zulässig, zum Behufe der Appellation gegen das bezeichnete Urtheil die Beträge von Forderung und Gegenforderung zusammenzurechnen. — Auch schon bei Interlokuten können solche Fälle der Zusammenrechnung vorkommen.

Der Gegenstand formell unstatthafter Beschwerden bleibt außer Ansatz [129]).

Die Frage, ob und wiefern mehrere Wiederklags-Posten in der Beschwerdeführung zusammengerechnet werden können, richtet sich nach dem, was von der Zusammenrechnung mehrerer Klagen gilt. — Der Gegenstand einer Wiederklage kann so wenig, als mit dem Gegenstand der Klage, mit dem einer Einrede zusammengerechnet werden [130]).

5) Verminderungen der Beschwerdesumme, welche sich durch partiellen Verzicht des Gegners nach Verkündung des beschwerenden Erkenntnisses ergeben, werden nicht beachtet; wohl aber Verminderungen durch einen von dem Appellanten eingegangenen Vergleich, oder durch den Austritt eines Streitgenossen, wenn hiedurch bewirkt wird, daß der Geldwerth, welchen die erbetne Abänderung des vorigen Erkenntnisses verschaffen oder erhalten soll, die Berufungssumme nicht mehr erreicht [131]).

„Ohne Rücksicht auf eine Summe ist die Berufung „zulässig, wenn der Streit Rechte betrifft, welche eine be„stimmte Schätzung nicht zulassen, insbesondre bei Standes„klagen, bei Streitigkeiten über das Eherecht, über die „Vaterschaft oder Kindschaft, über die väterliche Gewalt, „über Ehrenbeleidigungen, insofern nicht wegen dieser blos „auf Geldleistung geklagt ist [132]).“

129) Pfeiffer a. a. O. S. 328—9.

130) Insofern die reconveniendo geltend gemachte Gegenforderung zugleich zur Einrede gebraucht ist, kommt das in §. 62 Abs. 1 ausgesprochne Verbot der Zusammenrechnung nicht zur Anwendung. Vgl. Note 117 a. E.

131) Bl. f. RA. Bd. I S. 229, Bd. VIII S. 270. Pfeiffer a. a. O. S. 359. — Vgl. OAGAkt. Nr. 636 39/40.

132) Nov. v. 1837 §. 63. — Von dem Schluße dieses §en: „und

In der GO. Kap. XV §. 3 Nr. 6 war das Erforderniß der Berufungssumme vorgeschrieben

„mit Ausschluß der jurium incorporalium oder ande„rer nicht leicht in Anschlag zu bringenden Sachen."

Nach dieser Vorschrift kam es in allen Rechtsstreiten über Grunddienstbarkeiten und deutschrechtliche Reallasten auf eine Berufungssumme nicht an. Eine Beschränkung wurde durch den Landtagsabschied von 1831 eingeführt, in welchem unter III, 8 lit. c verordnet ist, daß

„Jährliche bestimmte Geld- und Naturalleistungen an „die legale Summe gebunden seyn,

und mit dem 25fachem Betrage der jährlichen Leistung in Anschlag kommen sollen.

Die neueste Gesetzgebung hat nun das Erforderniß der Berufungssumme auf alle unkörperlichen Rechte, welche eine bestimmte Schätzung in Geld zulassen, ausgedehnt, so auf die eigentlichen Grunddienstbarkeiten, wie auf die mannigfachen Realrechte deutschen Ursprungs. Indessen wurde von dem kgl. Justizminister Frhrn. v. Schrenk in den Verhandlungen mit dem I. Ausschuß der Kammer der Abgeordneten [133]) anerkannt, daß für Handlohnsfälle, wenn es sich von dem Rechte der Handlohnbarkeit oder von einer gewissen Quote der Handlohns- [134]) Berechtigung handelt, die Vorschrift der Gerichtsordnung, nach welcher es auf die Appellationssumme nicht ankommt, noch fortbestehe [135]).

vorbehaltlich der Bestimmung des §. 54 Nr. 9" wird unten zu §. 12 die Rede seyn.

133) Beilag. Bd. VI S. 220—1. Vgl. v. Stürzer in den Verhandl. der K. d. A. Bd. X S. 41 f.

134) Ueberhaupt von einer Modalität des Handlohnsrechtes.

135) Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 350, Bd. VII S. 400, Bd. VIII S. 312, 416. — Wenn das Gut selbst seinem Werthe nach

Das Erforderniß der Berufungssumme fällt weg bei Streiten über Rechte, welche keine bestimmte Schätzung zulassen, indem sie entweder, wie z. B. die persönliche Freiheit [136]), eines Anschlags in Geld überhaupt unfähig sind, oder zwar einen Geldwerth, aber keinen in bestimmter Größe aussprechbaren haben. Die Unmöglichkeit einer bestimmten Schätzung kann, wie Pfeiffer [137]) bemerkt, in sehr verschiednen Beziehungen des Gegenstandes ihren Grund haben, z. B. in der Ungewißheit über den Umfang der Geltendmachung eines streitigen Rechtes, oder über die Wiederkehr der Anwendungsfälle, in der Ungewißheit über die Dauer der Ausübung, wenn deren Endpunkt noch von einem ungewissen Ereignisse abhängt, — oder in der Ungewißheit über die Grundlage oder den Maßstab einer Werthbestimmung für das streitige Recht u. dgl. [138]) — Läßt sich zwar der Werth des strei-

die Berufungssumme nicht erreicht, so ist die Handlohnssache nach mehrern Entscheidungen des OAG. nicht appellabel. OAGE. in Nr. 11 32/33; 639 34/35; 1058 41/42; 1062 41/42.

136) Berufungen gegen Erkenntnisse auf persönliche Verhaftung wegen Schulden sind ohne Rücksicht auf den Betrag der Schuld zulässig. Pfeiffer a. a. O. S. 240—1.

137) a. a. O. S. 245.

138) Als Beispiele führt Pfeiffer a. a. O. S. 463 f. unter andern an: Streitigkeiten über die Baupflicht, über die Berechtigung zu dem, in jedem Jahre wandelbaren Holzbedarf eines Gutes, über eine erst durch Rechnungsstellung auszumittelnde Schadloshaltung, über die Befugniß, eine gewisse Grundfläche zu bebauen, über die Verpflichtung zu lebenslänglicher Dienstleistung, über die Frage, ob die Verabreichung eines (die Berufungssumme erreichenden) Deputatholzes aus einem gewissen Forste zu geschehen habe u. s. w. — Streitigkeiten über den Umfang eines Realgewerbs hat das OAG. denen beigezählt, welche keine bestimmte Schätzung zulassen. Bl. f. RA. Bd. VII S. 414. — Von der Berufung gegen Erkenntnisse, in welchen der Ersatz erlittener

tigen Rechtes nicht in einer bestimmten Ziffer ausdrücken, wohl aber zur Gewißheit bringen, daß er auch im höchstmöglichen Anschlag die Berufungssumme nicht erreiche, so ist die Berufung für unzulässig zu achten [139]).

Standesklagen (act. praejudiciales) betreffen den bürgerlichen oder Familienstand einer Person. Es wurde versucht, den Begriff der Standesklage auch auf die Geltendmachung derjenigen Vermögensrechte zu beziehen, welche nur zum Vortheil bevorzugter Stände (Standesherrn, Adelige, Siegelmäßige) vorkommen; allein aus diesem Zusammenhange folgt keineswegs, daß solche Vermögensrechte keine bestimmte Schätzung zulassen [140]).

Unter den im Gesetze erwähnten Streitigkeiten über das Eherecht sind diejenigen zu verstehen, welche das rechtliche Daseyn oder die Fortdauer des Ehebandes oder die persönlichen Verhältnisse unter den streitenden Theilen betreffen. Streitigkeiten über die ehelichen Vermögensver-

Verluste, vorgängig deren Liquidation, zuerkannt wurde — s. Bl. f. RA. Bd. VI. S. 15. — Eine vorgängige Schätzung, zur Ausmittlung der Berufungssumme, kann hier nicht stattfinden.

139) Wenn aus Veranlassung eines Gilt-Nachlaßgesuchs das Recht, Nachlaß zu verlangen, in Frage gekommen ist, so ist die Berufungssumme nicht nach dem jetzt in Frage gestellten Betrage zu bemessen. Aber so viel steht fest, daß das Recht auf Nachlaß keinen höhern Werth haben könne, als das der ganzen Rente entsprechende Kapital ausmacht. Vgl. OAGE. v. 5. März 1839 Nr. 1110 37/38, Nr. 1114 und 1116 37/38. — Das Recht auf eine unständige nur bei dem Eintritte ungewisser Ereignisse nach aller Erfahrung seltner als jährlich anfallende Rente (z. B. Briefgebühr) kann auf keinen Fall über den Betrag des Kapitals angeschlagen werden, von welchem dieselbe Rente, wenn sie jährlich anfiele, den 4$\frac{0}{0}$tigen Zins ausmachen würde. OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. 26 38/39.

140) OAGE. vom 31. Okt. 1840 Nr. 26 38/39.

hältnisse, über die das Vermögen betreffenden Folgen der Trennung der Ehe durch Tod oder Scheidung gehören nicht hieher.

Auch Streitigkeiten über außereheliche Vaterschaft können, ohne Rücksicht auf eine Berufungssumme an die höhern Instanzen gebracht werden [141]). Wurde nicht darauf angetragen, den Beklagten für den Vater des Kindes zu erklären, ist etwa das Kind schon gestorben [142]), bilden überhaupt nur die an Alimenten oder Schadloshaltung geforderten Geldbeträge den Gegenstand der Beschwerdeführung, so kommt es auf das Daseyn der Berufungssumme an.

Handelt es sich nur von Vermögensrechten, welche die väterliche Gewalt mit sich bringt, so ist eine Streitigkeit der hier gemeinten Art nicht vorhanden.

Ist in einer Injuriensache zwar nicht blos auf eine Geldleistung geklagt worden, die Beschwerdeführung aber betrifft nur den Geldpunkt, so muß zufolge der allgemeinen Grundsätze die Berufungssumme vorhanden seyn.

Ueber Ausmittlung des Vorhandenseyns der Berufungssumme, wo es darauf ankommt, gelten folgende Grundsätze:

1) der Oberrichter hat auf das Daseyn der Berufungssumme von Amtswegen Rücksicht zu nehmen; der Umstand

141) OAGE. vom 8. März 1842 Nr. 297 40/41. Wenn auch nicht von einem wahren Status, handelt es sich doch von der Anerkennung eines Verhältnisses, dessen Folgen sich nicht in das Maß einer bestimmten Zahl bringen lassen.

142) OAGE. vom 11. Mai 1832 Nr. 782 31/32. Daß es auch nach dem Tode des Kindes ein Ehrenpunkt für den Beklagten ist, von der Vaterschaft freigesprochen zu werden, kommt eben so wenig in Betracht, als die Rücksicht auf den kaufmännischen Kredit, welcher etwa durch eine Verurtheilung in einer Schuldklage leiden könnte.

Umstand, daß die Formalien von Seite des Appellaten nicht beanstandet werden, ist für die Zulassung der Berufung im Allgemeinen nicht entscheidend [143]. Wurde jedoch in Fällen, in welchen es sich weder von Geld- noch von Naturalleistungen handelt, über den Werth des Beschwerdegegenstandes von dem einen Theile eine bestimmte Angabe gemacht, und die Richtigkeit dieser Angabe von dem Gegner nicht in Zweifel gezogen [144], so ist dieselbe bei Beurtheilung der Berufungssumme zu Grunde zu legen [145].

2) Aus der Vorschrift:

„Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder „anerkannt ist, ... werden gerichtlich geschätzt."

ergiebt sich der Folgesatz, daß der Appellant nicht verbunden ist, in der Berufungsschrift eine Angabe des Werthes zu machen, und das Daseyn der Berufungssumme darzulegen. Das Stillschweigen der Berufungsschrift über diesen Punkt ist unschädlich.

143) Bl. f. RA. Bd. IV S. 105 f.

144) „Gegenstände, deren Werth nicht angegeben oder anerkannt ist." Gegenüber von „angegeben" kann das Wort „anerkannt" nicht soviel als „notorisch" bedeuten, sondern nur auf eine Erklärung des Appellaten bezogen werden. Die Angabe des Werthes von Seite des Appellanten soll genügen, wenn ihr die Nichtanerkennung von Seite des Appellaten nicht in den Weg getreten ist. Die Fassung des Gesetzes spricht dafür, den Ausdruck „nicht anerkannt" als Bezeichnung ausdrücklicher Beanstandung zu nehmen. — Auch die Natur der Sache rechtfertigt, das Stillschweigen der Nebenverantwortung auf die Werthsangabe der Berufungsschrift als Anerkennung aufzufassen. — Uebrigens kann natürlich bei Berufungen an die dritte Instanz, wo der Oberappellat mit einer Nebenverantwortung nicht gehört wird, dessen Stillschweigen auf die in der Oberberufungsschrift gemachte Werthsangabe nicht als Anerkennung gelten.

145) §. 61 der Nov. v. 1837.

3) Ist nach Beschaffenheit der Sache zur Ausmittlung, ob die Berufungssumme vorhanden oder nicht, eine Schätzung erforderlich [146]), so wird diese vom Oberrichter durch eine Zwischenverfügung dem Gerichte I. Instanz aufgetragen [147]). Die Schätzung soll nach „den gesetzlichen Vorschriften über Schätzungen" geschehen. Jede Schätzung ist ein Gutachten von Sachverständigen. Die GO. XII §. 3 Nr. 2 [148]) bestimmt, daß überall, wo es auf die gutachtliche Meinung von Sachverständigen ankommt, in wichtigen Sachen allezeit zwei zu vernehmen seyen, in kleineren aber, oder wo nicht mehrere gelegenheitlich zu haben sind, die Zuziehung eines einzigen genüge. Da es hier vor der Schätzung ungewiß ist, ob die Sache zu den kleineren gehöre oder nicht, so sind, außer dem Nothfalle (wo nicht mehr als einer zu haben ist), zwei Sachverständige zu hören, welche der Richter wählt [149]). Beide Theile sind berechtigt, bei Aufnahme der Schätzung gegenwärtig zu seyn; auch können sie gegen die Werthserhebung sogleich am Schätzungstermine oder innerhalb einer kurzen auf Antrag zu bewilligenden Frist Erinnerungen machen [150]).

146) War die Sache schon bei einer frühern Appellation in demselben oder einem konnexen Rechtsstreite geschätzt worden, und es wird die frühere Schätzung von keiner Seite beanstandet, so kann dieselbe auch in der neuerlichen Berufung zu Grunde gelegt werden. Vgl. OAGE. vom 10. Aug. 1841 Nr. 896 40/41.

147) Bl. f. RA. Bd. IV S. 108 Note 10. Die frühere Praxis, dem Appellanten die Nachweisung der Berufungssumme aufzugeben, kann nach Vorschrift der Novelle nicht mehr platzgreifen. S. hierüber die Bl. f. RA. a. a. O. S. 107—8.

148) Diese Gesetzstelle, nicht der §. 87 der Novelle von 1837, dient zur Richtschnur. Reskript des Justiz-Ministeriums vom 23. Sept. 1839. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 377—8.

149) Kreittmayr in den Anmerk. zum LR. Th. IV Kap. 3 §. 4 Nr. 8; Komment. zur GO. Bd. III S. 259—60.

150) Diese Erinnerungen können etwa den Oberrichter zur An-

Es handelt sich hier von einem Incidentverfahren, welches summarisch zu pflegen ist. Von dem gerichtlichen Augenschein zum Zwecke der Schätzung kann Umgang genommen werden, wenn kein Theil darauf besteht und über die Identität des Gegenstandes kein Bedenken obwaltet [151]). Ueberhaupt hat der Richter das Verfahren so zu leiten, daß einerseits keinem Theil Anlaß zur Beschwerde gegeben, andrerseits unnöthige Kosten [152]), zumal bei Sachen von minderem Belange, vermieden werden.

Im Falle wesentlich d. h. über das Daseyn der Berufungssumme abweichender Meinungen der Sachverständigen wird gemeinhin ein Durchschnitt gezogen [153]). Da aber die fragliche Differenz das Daseyn der Berufungssumme als zweifelhaft erscheinen läßt, so scheint es richtiger, die Berufung in solchem Falle, ohne Rücksicht auf das Ergebniß des Durchschnitts zuzulassen [154]).

Fällt die Schätzung gegen das Vorhandenseyn der

ordnung einer Ergänzung, oder auch dazu veranlassen, das Daseyn der Berufungssumme als zweifelhaft anzusehen, und demzufolge, da „größere Weitläufigkeit" vermieden werden soll (Anmerk. zu Kap. XV §. 11 lit. a in fine), die Berufung zuzulassen.

151) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 110 mit S. 23.

152) Da der Richter bei diesem Zwischenverfahren von Amtswegen verfährt, so sind die Kosten einstweilen von beiden Theilen vorzuschießen resp. zu erheben. GO. XII §. 3 Nr. 5. Wo indessen der eine Theil durch Behauptung eines höhern Werthes, als unter den Betheiligten, z. B. durch Verabredung des Kaufpreises, angenommen ist, einen besondern Anlaß zur Schätzung giebt, da geschieht diese auf seine Kosten.

153) OAGE. in Nr. 481 38/39 und 897 38/39.

154) GO. Kap. XV §. 11 Nr. 2. „Im Falle aber die Formalien in Richtigkeit oder wenigstens zweifelhaft sind, so kann er über die Hauptsache selbst sprechen."

Berufungssumme aus, so ist es sachgemäß, den Appellanten (Revidenten) zur Erklärung aufzufordern, ob er noch auf dem Rechtsmittel bestehe [155].

4) Durch die Schätzung ist der Verkehrswerth des Gegenstandes, d. h. der durch Veräußerung erzielbare — zu erheben. Demnach kommen bei Grundstücken alle die Momente in Betracht, welche nebst Umfang und Bodengehalt, auf die Preisbestimmung Einfluß haben, insbesondre die Lage, welche das Grundstück als Bauplatz qualificirt oder ihm wegen seiner Eigenschaft als Pertinenz oder Theil eines Ganzen, wegen der Angränzung an Gebäude oder Fabrikanlagen, wegen Anstoßen an ein fließendes Wasser u. dgl. objektiv einen höhern Werth giebt [156]. Dagegen ist das höhere Interesse, welches die Sache nur subjektiv für den Appellanten wegen von ihm beabsichtigter Unternehmungen oder wegen besondrer Verhältnisse und Beziehungen, oder gar aus Affektionsrücksichten hat, nicht in Anschlag zu bringen. Der Beschwerde-Gegenstand soll der Schätzung unterworfen werden, nicht aber dasjenige, was dem Appellanten in Folge des beschwerenden Erkenntnisses, dessen Rechtskraft vorausgesetzt, an Nebenschäden zugehen, an accessorischem Gewinn entgehen würde. Die Einrechnung der „Schäden" ist vom Gesetze ausdrücklich für unstatthaft erklärt [157]. Uebrigens wurde

155) OAG.Entschl. vom 9. März 1841 Nr. 852 38/39.

156) Vgl. v. Holzschuher's Referat (Verh. von 1837 Beilag. Bd. VI S. 124: „Der Werth in concreto, nämlich nach der, wenn gleich nur zufällig, durch Lage und Umgebung erhöheten oder verminderten Nutzbarkeit eines Hauses, Grundstücks u. dgl. kann ohne offenbare Ungerechtigkeit nicht unbeachtet bleiben." Diese Aeußerung des Referates blieb, obwohl gegen eine Stelle der Motive des Gesetzentwurfes gerichtet, ohne Erinnerung von Seite des Regierungskommissärs v. Stürzer.

157) §. 58 der Novelle von 1837.

schon früher bemerkt, daß diese Vorschrift auf Rechtsstreite, in welchen die Erstattung des gesammten Interesse und etwa die Vergütung des Affektionswerthes einer Sache den Hauptgegenstand bildet, — keine Anwendung finde [158]).

5) Nicht blos körperliche Sachen, auch Rechte (s. jedoch unten Nr. 6) werden, um das Daseyn der Berufungssumme zu ermitteln, gerichtlich geschätzt. Insbesondere gilt dies auch vom Zehentrechte, auf welches der §. 61 Abs. 1, nicht der — Bestimmtheit und Gleichheit der jährlichen Leistung voraussetzende §. 60 der Novelle, Anwendung findet [159]).

„Grunddienstbarkeiten sind in der Art zu schätzen, daß „ermittelt werde, um wieviel das Grundstück des appelli„renden Theiles durch das gravirliche Erkenntniß am „Werthe verlieren würde; wenn sich dieses aber nicht aus„mitteln läßt, so gilt der Werth des Grundstückes des „Appellanten als Streitsumme [160]).“

Gemäß dieser Vorschrift kann sich ein verschiednes Resultat ergeben, je nachdem der Eigenthümer des herrschenden oder jener des dienenden Grundstücks appellirt. Appelliren beide Theile, so findet eine zweifache Schätzung statt, nach welcher die Berufung des einen als zulässig, die des andern als unzulässig erscheinen kann [161]).

158) S. oben S. 39.

159) Motive zu §§. 58—63 lit. a. Bl. f. RA. Bd. V S. 278, Bd. VI S. 128. In Ansehung der Frage, ob reale Handwerks-, Handels- oder Wirthschafts-Gerechtsame zu schätzen oder für unschätzbar zu achten seyen, schwankt die oberstrichterliche Praxis. Vgl. OAGAkt. Nr. 691 40/41 und Nr. 664 42/43. Das Erstere entspricht der Natur der Sache.

160) §. 61 Abs. 3 der Novelle von 1837.

161) Vgl. OAGAkt. Nr. 1124 39/40. — Nicht entgegen steht die Vorschrift: „Eine nochmalige Schätzung zum Behufe der zweiten Berufung findet nicht statt.“ Diese bezieht sich nur auf die Oberberufung, von welcher unten §. 12. —

6) „Jährliche Renten oder Zahlungen in „Geld [162]) werden als vierprozentige Zinsen angesetzt, „und hienach als Kapital berechnet."

Diese Vorschrift paßt sowohl auf Grundzinsen und Ewiggilten, wie auf Leibrenten, so auf ablösbare [163]) wie auf unablösbare Reichnisse, nicht aber auf jährliche Zahlungen, deren Endpunkt in einem Kalendertage festgesetzt ist [164]). Diese sind, wie Partialzahlungen eines Kapitals, zusammenzurechnen. — Bei Geldreichnissen, welche in kürzeren als Jahresfristen zu leisten sind, wird die Summe der in einem Jahre zu entrichtenden Zahlungen als Jahresrente angesetzt.

„Naturalleistungen werden nach zehnjährigen „Durchschnitts-, Markts- oder laufenden Preisen ange„schlagen, und hienach ihr Kapitalwerth mit dem 25fachen „Betrage berechnet."

Der Durchschnitt wird aus den Mittelpreisen gezogen, welchen die fraglichen Naturalien in der dem Lieferungsorte zunächst gelegenen Schranne während der Lieferungszeit [165]) gehabt haben. Lassen sich diese Schrannenpreise auf zehn Jahre zurück nicht ermitteln, oder steht der Lieferungsort in keinem Verkehr mit einer Schranne, so geschieht die Berechnung nach den laufenden Preisen, wie sich etwa solche bei Versteigerungen, insbesondere von Seite der Rentämter, Guts- und Stiftungsverwaltungen, ergeben haben. Amtliche Korrespondenz mit Ortspolizeibehörden, Finanzkammern, Rentämtern — dient zur Erhebung der erforderlichen Thatsachen.

162) Hieher gehören auch das Frohngeld, Herbergsgeld u. dgl. Vgl. OAGAkt. Nr. 841 38/39 und Nr. 844 38/39.

163) Ist im gegebnen Falle die Ablösung mit dem zwanzigfachen Betrage bedungen, so muß dieser Maßstab auch hinsichtlich der Berufungssumme zur Anwendung kommen.

164) Z. B. jährlich 12 Gulden bis zum Jahre 1850.

165) Z. B. vom Martin's- bis Andreastag.

IV.
Kompetenz zur Beurtheilung der Berufungs-Zulässigkeit.

In Nr. 8 des vorliegenden §. 3 verordnet die Gerichtsordnung:

„Ergiebt sich der Zweifel, ob die Sache für appella-„bel zu halten oder zu dem **effectus suspensivus** „qualifizirt sey, so hat nicht der untere, sondern der „obere Richter hierüber den Ausspruch zu thun."

Diese Vorschrift gilt sowohl in Betreff des Daseyns der Berufungssumme, als bezüglich der Einhaltung der Nothfrist [166]), von welcher unten §. 6 das Nähere vorkommt; ferner für die Beantwortung der oben S. 26—7, Nr. 1, 3 bezeichneten Zulässigkeits-Frage. Was hingegen

a) die Frage angeht, ob selbstständige Berufung zulässig sey, so hat das Gericht erster Instanz bei den gegen die Vorschrift des §. 51 ergriffenen Berufungen den Appellanten in einer motivirten Entschließung [167]) abzuweisen und nach Lage des Prozesses weiter in der Sache zu verfahren [168]). — Hat der Rich-

166) Indessen steht es mit obiger Vorschrift nicht im Widerstreite, stellt sich vielmehr als zweckgemäß dar, wenn der Unterrichter, bei offenbarem Mangel der Berufungssumme oder offenbarer Versäumniß der Nothfrist, ohne Instruirung des Berufungsverfahrens die Akten sofort an den Oberrichter einsendet.

167) Zur Motivirung genügt die Bezugnahme auf die betreffende Gesetzstelle (§. 51). — Wo indessen die Anwendbarkeit der fraglichen Gesetzstelle auf den gegebnen Fall als zweifelhaft erscheint, ist die Beifügung besondrer Entscheidungsgründe zu empfehlen, jedoch nicht in der Art nothwendig, daß wegen Ermanglung derselben die Aufhebung dieses Ausspruchs verfügt werden konnte. Bl. f. RA. Bd. V S. 123 — 4.

168) §. 24 der Novelle von 1819 vgl. mit §. 53 Nr. 7 der Novelle von 1837.

ter I. Instanz die gebührende Abweisung unterlassen [169]), und die Akten zur oberrichterlichen Entscheidung vorgelegt, so hat nun der Oberrichter die Zurückweisung auszusprechen und das weitere Verfahren anzuordnen [170]). — Von der Anwendung dieser Vorschrift darf sich der Unter- resp. Oberrichter nicht dadurch abhalten lassen, daß die unzulässige Zwischenberufung unter der Firma einer Nullitätsquerel oder Extrajudicialbeschwerde eingeschwärzt werden will [171]).

Gegen den Ausspruch der ersten (oder zweiten) Instanz, daß selbstständige Berufung unzulässig sey, findet nur Verwahrung, nicht Beschwerdeführung an den höhern Richter statt [172]). Wurde jedoch die Berufung gegen einen Gerichtsbeschluß, welcher die Eigenschaft eines Enderkenntnisses (vim definitivae) hat [173]), irrthümlich als unzulässig zurückgewiesen, so kann die Beschwerdeführung dagegen nicht versagt werden [174]).

169) Etwa weil sich die Zulässigkeitsfrage als zweifelhaft dargestellt hat. Vgl. unten §. 12 Note 4.

170) OAGE. vom 26. Juli 1836 Nr. 166 28/29; vom 30. Dez. 1829 Nr. 1156 28/29. — Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 370; Bl. f. RA. Bd. III S. 59, 383.

171) OAGE. vom 20. Jänner 1843 Nr. 806 41/42. Nicht nach dem Rubrum, sondern nach der Natur des eingewandten Rechtsmittels hat sich das richterliche Verfahren zu bestimmen. Was in fraudem legis geschieht, ist eben so zu beurtheilen, als ob geradezu contra legem gehandelt worden. Bl. f. RA. Bd. III S. 284—6.

172) Landtagsabschied von 1831, III, 8 lit. e; §. 53 Nr. 7 der Nov. von 1837. — Eine hienach unzulässige Beschwerdeführung an den höhern Richter ist wie eine gegen die Vorschrift des §. 51 ergriffene Berufung zu behandeln.

173) Z. B. der Ausspruch im Provokationsverfahren, daß Provokat die Klage bei Vermeidung ewigen Stillschweigens binnen vorgesteckter Frist anzustellen habe. —

174) Vgl. OAGE. vom 26. April 1842 Nr. 253 37/38 und vom

b) Ueber die Kompetenz zur Beurtheilung des Suspensiveffektes einer Berufung verordnet der §. 66 Abs. 3 der Novelle von 1837:

„In allen Fällen, in welchen die Gesetze ausdrücklich „der Appellation den Suspensiveffekt versagen, hat „der vorige Richter ohne Rücksicht auf etwaige Appel„lation sein Urtheil zu vollziehen."

Hiedurch ist dem Unterrichter die Kognition über Bewilligung der Suspensivkraft eingeräumt, und nur in solchen Fällen, wo sich die Beantwortung dieser Frage als zweifelhaft darstellt, hat er die Entscheidung dem Oberrichter anheimzustellen.

§. 4.

Von dem judice a quo et ad quem, und von den Appellationsinstanzen.

Gegen Aussprüche des obersten Gerichtshofes, wie in Ermanglung der Revisionssumme gegen Aussprüche der Obergerichte, findet keine weitere Berufung, daher auch keine Verwahrung statt. Inwiefern eine Erklärung resp. Erläuterung solcher Aussprüche höchster Instanz gesucht oder dagegen remonstrirt werden könne, ist im Kap. XIV §. 9 (vgl. mit §. 1 desselben Kap.) vorgekommen.

In den Bd. I S. 200 unter Nr. 1—4 aufgezählten Fällen delegirter Jurisdiktion geht die Appellation gegen Erkenntnisse des delegirten Richters an den delegirenden. Die in der GO. (Nr. 6 des vorliegenden Sen) aufgestellte Regel:

27. Jänner 1844 Nr. 1663 42/43. Soll der §. 53 Nr. 7 zur Anwendung kommen, so muß es sich von der Berufung gegen einen Gerichtsbeschluß handeln, auf welchen jedenfalls zur definitiven Erledigung der vorwürfigen Sache noch ein weiterer zu folgen hat, es mag nun dem in dem Gerichtsbeschlusse Verfügten von Seite der Partheien Folge gegeben werden oder nicht. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 129—31, Bd. IX S. 110.

„Von delegirten Richtern oder Kommissarien soll un„mittelbar an des Deleganten nächsten obern Richter „appellirt werden.“

findet heutzutage nur in dem Falle Anwendung, welcher in Bd. I S. 202 lit. e erwähnt ist [1]).

§. 5.

Von der Appellationsschrift.

(Hiebei auch von der Extrajudicial-Appellation und von der Begründung der Appellation durch neues Vorbringen.)

I.

Uebergabe und Inhalt der Appellationsschrift.

„Der Appellant muß die Appellationsschrift an den „höhern Richter [1]) bei dem Gerichte erster Instanz über„geben [2]), in mündlich zu Protokoll verhandelten Sachen „kann die Beschwerde in gleicher Art aufgenommen wer„den.“ — Es ist nicht nothwendig, dem Beschwerdelibelle Urtheilsabschriften beizulegen.

Durch diese Vorschrift der Novelle vom 22. Juli 1819 (§. 23) ist den Bestimmungen der GO. XV §. 5 Nr. 1 und 2, welche die Einreichung bei dem höhern Richter und die Beilegung von Urtheilsabschriften verordneten, derogirt worden.

1) Daß ein Obergericht eine Rechtssache, für welche es selbst in erster Instanz zuständig ist, einem Untergerichte auch zur Entscheidung übertrage, ist heutzutage unstatthaft. S. Bd. I S. 200—1; insbesondre Note 10, 12.

1) Ist die Berufungsschrift statt an das Appellationsgericht, an die Regierung gerichtet, so kann die Einreichung nicht dazu dienen, die Nothfrist zu salviren. OAGE. vom 30. Aug. 1831 Nr. 994 30/31.

2) S. jedoch unten §. 7, I a. E. und §. 8. Beschwerdeschriften wegen Versagung des Suspensiveffektes und Verzögerung der Akteneinsendung werden bei dem Oberrichter eingereicht.

In der Appellationsschrift [3]) sind die Beschwerden [4]), welchen der Oberrichter abhelfen soll, deutlich und speziell zu bezeichnen [5]). Wenn jedoch, „worin Appellant eigentlich gravirt zu seyn glaubt," aus der vorgetragenen Ausführung und der Bitte der Berufungsschrift deutlich erkannt werden kann, so gereicht der Mangel einer formellen Aufstellung spezieller Beschwerdepunkte nicht zum Nachtheile [6]). Dagegen ist eine vorläufige Appellationsinsinuation, d. h. die bloße Erklärung, daß man sich durch ein Erkenntniß beschwert halte und dagegen die Berufung ergreife, nicht hinreichend [7]), auch wenn sie unter Bezugnahme auf die Vorakten geschieht, und aus der Vergleichung dieser mit dem Erkenntnisse die Beschwerdepunkte unzweideutig erkannt werden könnten [7a]). Wohl aber kann durch die Bezug-

3) So lange die Nothfrist (§. 6) läuft, sind Nachträge zulässig, durch welche etwaigen Mängeln der Appellationsschrift abgeholfen werden kann.

4) GO. XV §. 5 Nr. 3, 4. Die hier vorkommende Unterscheidung zwischen Appellationsschrift und libellus gravaminum ist der heutigen Praxis fremd. — Bei protokollarischer Aufnahme der Beschwerden muß der Richter, wenn der Appellant eine der Rechte unkundige Person ist, auf spezielle und deutliche Aufstellung der Beschwerden von Amtswegen Bedacht nehmen. Gönner im Komment. S. 361.

5) Der Aufstellung der Beschwerden eine Rechtfertigung der Förmlichkeiten voranzuschicken, ist nicht vorgeschrieben, aber räthlich, zumal bei obwaltenden Zweifeln.

6) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 412. Räthlich ist es immer, die formelle Aufstellung spezieller Beschwerdepunkte nicht zu unterlassen.

7) D. h. Sie kann die Desertion des Rechtsmittels nicht abwenden, wenn die specielle Angabe und Ausführung der Beschwerden erst nach Ablauf der Nothfrist nachgetragen wird.

7a) Ist gegen den Ausspruch des vorigen Richters zunächst re-

nahme auf die Vorakten die Beschwerde-Ausführung ersetzt werden, welche überhaupt kein wesentlicher, die Wirksamkeit des Rechtsmittels bedingender Bestandtheil der Berufungsschrift ist [8]).

Steht eine Parthei in Besorgniß, daß der Richter eine sie beschwerende Verfügung treffen werde, so kann sie mit der Verwahrung gegen die besorgte Verfügung, für den Fall der Erfolglosigkeit der Verwahrung, vorsorglich die Berufung (de gravamine futuro) verbinden [9]). — Von einer in der Zukunft liegenden Beschwerde kann auch in den oben §. 3, II S. 34 Nr. 2 bezeichneten Fällen hinsichtlich der künftig verfallenden Leistungen gesprochen werden [10]). Was in Fällen solcher Art hinsichtlich der Berufungssumme gelte, wurde a. a. O. bemerkt; in Betreff der Nothfrist findet hier eine Begünstigung nicht statt.

II.

Von der Extrajudizialappellation [11]).

Die Extrajudizialappellation, wie sie sich in der deutschen Praxis gebildet hat und wie sie in der GO.

monstrirt oder Restitution gesucht, und eventuell die Ergreifung der Appellation erklärt, so ist das in der Remonstration resp. dem Restitutionsgesuch Vorkommende auch als Vorbringen für die Berufung anzusehen. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 60.

8) Gönner im Komment. zur Nov. von 1819 S. 353—61. — Bl. f. RA. Bd. IX. S. 40.

9) GO. XV §. 5 Nr. 5 vgl. mit den Anmerk. zu dieser Stelle und dem in diesen allegirten Seyfart Kap. XXVII §. 12.

10) v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 793.

11) GO. XV §. 5 Nr. 6: „Es kann auch von einem gravamine extrajudiciali, welches zwar extra viam et ordinem processus, jedoch in Kraft obrigkeitlichen Amtes verhängt wird, allerdings appellirt werden.“

erscheint[12]), war vorzugsweise zur Hülfe gegen Zumuthungen und Einschreitungen bestimmt, welche zwar in Betreff von Privatrechtsverhältnissen, aber ohne vorgängiges kontradiktorisches Verfahren vom Richteramte ausgehen; insbesondere gegen Belastungen von Gutshintersassen, welche zum Vortheil des Gutsherrn von diesem selbst, in seiner Eigenschaft als Gerichtsherr, außerhalb Gerichts, d. h. ohne daß ein Prozeß darüber geführt worden, ungebührlich verfügt werden[13]). Geschieht die Erlassung solcher Machtbefehle von Seite eines Gerichts auf einseitigen Antrag eines zu seinem Vortheil dabei Betheiligten, so treten die Grundsätze vom Mandatsverfahren in Anwendung, zufolge welcher nach erfolgloser Remonstration Judizialappellation stattfindet[14]). Wurde aber der Machtbefehl ohne Veranlassung durch Klagstellung ertheilt, z. B. einer Person, welche nach Obervormundschaftsakten als Schuldner eines Pfleglings erscheint, die Berichtigung der Schuld von Amtswegen aufgetragen, so ist die Extrajudizialappellation das geeignete Rechtsmittel[15]). Im Uebrigen sind von der Sphäre der Extrajudizialappellation alle diejenigen Verfügungen ausgeschlossen, welche der Richter in Verhandlung und zur Entscheidung einer Civilprozeßsache erläßt. Es geht nicht an, Berufungen gegen Zwischenbescheide und einfache Dekrete, welche nach den oben zu §. 3, I vorgetragnen Erörterungen

12) Vgl. Linde im Handbuch Bd. V §§. 219—21 mit Kreittmayr's Anmerk. zu GO. XV §. 5 lit. f und den daselbst angef. Schriftstellern.

13) Heutzutage können nur Verfügungen des Gerichts, nicht aber Verfügungen des Gerichtsherrn als gerichtliche angesehen werden. Kreittmayr, oder vielmehr die von ihm ohne Kritik in den Anmerkungen excerpirten Schriftsteller haben nicht so genau unterschieden.

14) Komment. Bd. II S. 205. — S. auch oben Bd. IV S. 11—12.

15) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IV S. 171—3.

unzuläſſig ſind, unter der Firma von Extrajudizialbeſchwerden einzuſchwärzen [16]). Daß der Richter in Verhandlung einer Civilprozeßſache die vom Geſetze vorgezeichnete Ordnung verletzt und auf unrechte Wege ſich verirrt, begründet keine Extrajudizialbeſchwerde, giebt vielmehr Anlaß zu Judizialappellationen, nach Umſtänden zu Verwahrungen, Remonſtrationen oder Nichtigkeitsbeſchwerden. Indeſſen giebt es Gerichtsbeſchlüſſe (z. B. in Handhabung der Gerichtsdisziplin, über Siegelmäßigkeit oder Armenrecht einer Parthei), hinſichtlich welcher ſich die Frage, ob ſie **in via et ordine processus** erlaſſen ſeyen oder nicht, verſchieden beantwortet, je nach dem Standpunkte, von welchem aus man ſie betrachtet. Der Gegenſtand dieſer Beſchlüſſe iſt aus Anlaß einer anhängigen Civilprozeßſache Aufgabe richterlicher Entſcheidung geworden, ſie ſind im Laufe eines Civilprozeßverfahrens und in den Akten deſſelben ergangen, ſie berühren wohl auch, wo nicht Rechte, doch Intereſſen beider Theile. Auf der andern Seite betreffen ſie weder den Gang des Verfahrens noch die Materie der anhängigen Streitſache; ihr Gegenſtand wird neben der veranlaſſenden Civilprozeßſache erörtert und erledigt, und liegt inſofern außer dem Wege des über dieſe gepflogenen Verfahrens; der Beſchluß ſchlichtet nicht einen Streit unter den Partheien, und die darüber erhobene Beſchwerde iſt nicht, wie jede Judizialappellation, wider den Prozeßgegner gerichtet, ſie

16) OAGE. vom 20. Jan. 1843 Nr. 806 41/42. Auch nicht unter der Firma von Nichtigkeitsbeſchwerden oder Beſchwerden wegen Verzögerung oder Verweigerung der Juſtiz. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 284. 383. — Wird auf der andern Seite eine Beſchwerde wegen wirklicher Juſtizverweigerung (z. B. wegen Einſtellung des Verfahrens, bis eine ganz arme Parthei einen Koſtenvorſchuß geleiſtet) als unzuläſſige Zwiſchenberufung ungeeignet zurückgewieſen, ſo findet hiegegen Beſchwerdeführung an den höhern Richter ſtatt. Vgl. OAGAkt. Nr. 233 40/41.

bezweckt nicht, durch das Obergericht etwas von diesem zu erlangen, resp. gegen seinen Anspruch zu behaupten. — Wo nun der obwaltende Zweifel nicht durch spezielle Gesetzesvorschriften oder eine feststehende Praxis gehoben ist [17]), hat man sich gegen die Zulassung einer Extrajudizialbeschwerde zu entscheiden [18]). Die in den Anmerkungen angeführten Beispiele der Extrajudizialbeschwerde sind ganz andrer Art; die charakteristischen Worte der (von Kreittmayr allegirten) Kammergerichtsordnung §. 94: außerhalb des Gerichts" [19]) passen nicht auf obige Fälle. Diese sind demnach in der Regel als **in via processus** vorgekommen anzusehen und unter die Vorschriften über Beschwerdeführung gegen einfache Dekrete und Zwischenbescheide zu stellen [20]). Aber auch in denjenigen Fällen solcher Art, für welche die Zulassung einer Extrajudizialbeschwerde durch Spezialgesetz oder Gerichtsgebrauch feststeht, ist das Verfahren der Hauptsache, sofern nicht dessen Fortführung durch Erledigung der Beschwerde bedingt ist, wegen derselben nicht aufzuhalten, vielmehr die Vorlage an den Oberrichter bis zum Ausgange der Sache resp. bis

17) S. unten Nr. 2—6.

18) Vgl. unten Noten 40—43.

19) „Da die Oberkeit, jure et vi potestatis et jurisdictionis, vor „sich selbst, oder auff eines andern ansuchen, iren Unter„thanen, oder ein andern außerhalb des Gerichts, „mit beschwerlichen Bescheiden, Gebotten oder Verbotten, „oder auch mit Geltstraff gravirt u. s. w."

20) Freilich kann es durch Anwendung dieses Grundsatzes kommen, daß eine Parthei sich genöthigt sieht, etwas zu thun oder beizubringen, was vielleicht der Oberrichter später, nachdem die vorbehaltne Beschwerde geltend gemacht worden, für unnöthig, dessen Anordnung er für unmotivirt erklärt (Vgl. unten Note 37). Allein diese Erwägung hat den Gesetzgeber nicht bestimmt, die Anwendung seiner die Zwischenappellationen ausschließenden Regel für solche Fälle durch eine weitere Ausnahme zu beschränken.

dahin zu vertagen, wo diese aus einem andern Grunde zur oberrichterlichen Kognition gelangt [21]).

Die Verfügung, welche man durch Extrajudizialappellation anfechten will, muß „Kraft obrigkeitlichen Amts" ergangen seyn. Was z. B. ein Patrimonialrichter in seiner Eigenschaft als gutsherrlicher Verwalter thut oder ansinnt, kann keinen Anlaß zu jenem Rechtsmittel geben. Natürlich gehören auch diejenigen Verfügungen nicht hieher, welche ein Richter in seiner anderen Eigenschaft als Polizeibeamter erlassen hat. Dagegen findet Extrajudizialappellation statt

1) gegen Verfügungen in Sachen der sog. freiwilligen (willkührlichen, unstreitigen) Gerichtsbarkeit [22]), welche der Richter in den Geschäften der Obervormundschaft [23]), des Notariates [24]), des Hypotheken-

21) Vgl. Nov. von 1819 §. 21. — Nicht nothwendig ist die Vertagung, wo die oberrichterliche Erledigung ohne Einsicht der Hauptakten geschehen kann, wie bei Beschwerden über Verweigerung des Armenrechts, über Nichtanerkennung der Siegelmäßigkeit. Bis zum Eintreffen des obergerichtlichen Bescheides ist hier der Vollzug der Verfügung zu unterlassen, resp. durch eine transitorische Maßregel (z. B. einstweilige Beigebung eines Offizialanwalts für den das Armenrecht ansprechenden Beklagten) für den unaufgehaltnen Fortgang des Prozesses zu sorgen.

22) Inwiefern Patrimonialgerichte II. Kl. zu solchen Verfügungen kompetent sind, ist nach §. 74 f. der 6. Beil. zur VU. zu bemessen.

23) Betreffend die Bestellung der Vormundschaft über Minderjährige, Wahnsinnige, Verschwender (über Interdiktionsverfahren s. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 29; über das abweichende Preuß. Recht Bd. VII S. 349—51); die Anordnung einer cura bonorum für Abwesende und Gebrechliche; ferner Verfügungen über die Verbindlichkeit zur Uebernahme einer Vormundschaft oder über das Recht darauf (sofern letzteres

thekenamtes [25]), des Depositenamtes [26]), der Verlassenschaftsbehandlung [27]) erlassen hat [28]). Häufig kommt es vor, daß Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu Rechtsstreiten unter gegnerisch Betheilig-

nicht Gegenstand eines Streites unter mehrern darauf Anspruch machenden Personen ist); über Inventarisation und Aufbewahrung des Vermögens; über Verwaltungshandlungen, rechtliche Vertretung des Pfleglings, Konsensertheilung, Rechnungsführung, Rechnungsstellung, Vermögensaushändigung u. dgl. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 165. S. auch OAGAkt. Nr. 1360 42/43. Auch Verfügungen über Verschollenheit und Todeserklärung gehören hieher. OAGE. vom 25. Mai 1830 (Geiselsöder ca, Geiselsöder).

24) Wenn die Protokollirung oder Bestätigung eines Vertrages, oder die Ausstellung eines Zeugnisses, die Ausfertigung einer Urkunde, die Beurkundung der realen Eigenschaft eines Gewerbes verweigert wird. Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 205, 207; Bd. V S. 10; Bd. VIII S. 204, 223. — S. auch oben S. 6 Note 3 und OAGAkt. Nr. 912 40/41. — Wo es sich von Bestätigung eines Vertrages handelt, ist es nicht bloßer Notariatsakt, vielmehr zugleich Bethätigung vormundschaftlicher Obsorge.

25) Hypothekengesetz §. 94. Auch gegen die Bewilligung einer Vormerkung oder Protestation kann von Seite des Gegenbetheiligten Beschwerde an das Obergericht erhoben werden. Bl. f. RA. Bd. I S. 359 und 379.

26) In Bezug auf Annahme, Verwahrung und Anlegung, so wie auf Aushändigung von Depositen.

27) In Bezug auf Testamentsverkündung, auf Versiegelung, Inventarisation, Verwahrung, Benützung, Verwerthung, Aushändigung des Nachlasses (wo kein Gegenprätendent vorhanden), so wie hinsichtlich der Schritte zur Ausmittlung der Erbberechtigten, der Muttergutsauszeigung (OAGAkt. 384 41/42); Attestirung der Erbsqualität.

28) Ueber Rechtsmittel in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit s. Puchta Handbuch des Verf. in S. der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I S. 357 ff.

ten Anlaß geben[29]), daß sie in eine Civilprozeß-Verhandlung übergehen[30]). Ein solcher, die Extrajudizialappellation ausschließender[31]) Uebergang **in viam et ordinem processus** ist aber nicht anzunehmen, wenn nicht der Verfügung die Anstellung einer Klage[32]) oder ein zufolge der Verweisung auf den Rechtsweg gepflogenes Verfahren[33]) vorhergegangen war[34]). Daß die Verfügung

29) Streitigkeiten über das Recht zur Vormundschaft oder das Erziehungsrecht, über Haftung des Vormunds, über die Bedingungen eines zu verlautbarenden Vertrages, über das Bestehen eines Realgewerbes, über die durch Einzeichnung in's Hypothekenbuch zu verwirklichenden oder sicher zu stellenden Rechte, über Ansprüche auf Deposita oder auf gerichtlich behandelte Verlassenschaften u. s. w.

30) Bei Gerichten, deren Zuständigkeit auf unstreitige Rechtssachen beschränkt ist, kann ein solches Uebergehen nicht, sondern nur eine Verweisung auf den Rechtsweg stattfinden. — Uebrigens ist auch bei denjenigen Gerichten, welche zugleich das zuständige Prozeßgericht bilden, die Verhandlung der z. B. aus der Verlassenschaftssache entstandenen Civilprozeßsache in besonderen Akten zu pflegen.

31) Die Extrajudizialappellation ist solange das geeignete Rechtsmittel, bis das als Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit begonnene Verfahren in der bezeichneten Weise sich zum Prozesse umgewandelt hat.

32) GO. Kap. III §. 1; Bl. f. RA. Bd. IV S. 173.

33) Wenn es sich um Zuerkennung des Besitzes einer in gerichtlicher Verwahrung befindlichen Erbschaft handelt, wird ein Verfahren gepflogen, in welchem sich die Partheirollen des Klägers und Beklagten nicht unterscheiden lassen. Vgl. Bl. f. RA. Bd. V S. 258—9.

34) Wenn sich in einer Verlassenschaftssache auf die Anmeldung und Vorlagen mehrerer Prätendenten eine Kollision der Ansprüche zeigt, so hat die Verlassenschaftsbehörde die Entscheidung der Frage, wem der Besitz einzuräumen, auf den Rechtsweg zu verweisen; welches durch Einleitung des in den Bl. f. RA. a. a. O. bezeichneten Verfaherns geschieht. — Ueber

nach widerstreitenden Erklärungen, resp. Anträgen mehrerer Betheiligten ergangen, genügt nicht zur Begründung der Annahme, es sey in der Eigenschaft des Civilprozeßrichters verfügt worden, zumal da, wo es sich nur von einem Akte der Verwaltung, der Aufsicht, der Vorsorge handelte. — Uebrigens können auch nach Entstehung eines Prozesses in Bezug auf den Gegenstand desselben noch Verhandlungen und Verfügungen in der Sphäre der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Extrajudizialappellation vorkommen; z. B. in Bezug auf Verwaltung und Verwerthung des streitigen Nachlasses.

Den Extrajudizialappellationen werden

2) die Rekurse gegen Verfügungen zur Handhabung der Gerichtsdisziplin, insbesondre gegen Verurtheilung (von Partheien, Anwälten und dritten Personen [35]) zu Prozeßstrafen, gegen Ertheilung von Verweisen und Deservitenabstriche [36]) beigezählt. Hat der Richter die Reinigung einer Prozeßschrift von gewissen Ausdrücken oder Sätzen angeordnet, so findet dagegen keine selbstständige Beschwerdeführung, sondern vorerst nur Verwahrung nach §. 51 der Novelle von 1837 statt [37]).

Verweisungen auf den Rechtsweg von Seite des Hypothekenamtes — Vgl. Hypoth. Gesetz §. 112. Bl. f. RA. Bd. I S. 362.

35) Z. B. Zeugen, welche der richterlichen Ladung nicht Folge leisten. Bestreitet ein Zeuge seine Verbindlichkeit zur Zeugschaft, so ist gegen den Ausspruch, welcher die Weigerung als unstatthaft erklärt, gleichfalls Extrajudizialappellation zuzulassen. Blume die Gerichtsordnung für das OAG. der vier freien Städte S. 198 lit. b. — Ueber Beschwerden von Gerichtspersonen und Subalternen gegen Verhängung von Disciplinar= und Ordnungsstrafen — s. Bl. f. RA. Bd. IX S. 133.

36) Beschwerden einer Parthei über die Deserviten=Festsetzung gehören nicht hieher. — Vgl. übrigens unten Note 45.

37) Gemäß obiger Regel: Vgl. Gönner Komment. S. 327

3) Die Rekurse gegen Gerichtsbeschlüsse, welche die Uebernahme einer Offizialanwaltschaft, oder welche dem Anwalt Auslagen für den Prinzipal [38]) zumuthen, oder eine Aufkündigung der Anwaltschaft für unstatthaft erklären [39]), oder von Amtswegen die Zulassung als Stiftungsanwalt verweigern [40]);

4) die Beschwerdeführung wegen Versagung des Armenrechts und

5) wegen Nichtgestattung der außer einem anhängigen Prozesse oder bei einem andern als dem Prozeßgerichte begehrten Akteneinsicht; desgleichen

6) wegen Nichtanerkennung der Befugniß, Prozeßschriften ohne rechtsanwaltliche Legalisirung einzureichen [41]);

7) wegen Beeinträchtigung der Gerechtsame eines

in der Note. Der Vorbehalt künftiger Beschwerde überhebt nicht der wirklichen Vornahme der angeordneten Reinigung. Wenn aber seiner Zeit der Oberrichter die Anordnung mißbilligt, so ist damit der Beschwerde Abhülfe gewährt. Sollte der Oberrichter die weggestrichene Stelle für wesentlich zur Sache erkennen, so kann erforderlichen Falls Reassumtion des Verfahrens Platz greifen. In den allermeisten Fällen (nach deren Beschaffenheit die Regel gebildet wird) erscheint die Weglassung einzelner Ausdrücke oder Sätze als eine so geringfügige Sache, daß es höchst ungeeignet seyn würde, deßwegen, durch Gestattung eines besondern Rechtsmittels, eine bedeutende Verzögerung des Fortgangs der Hauptsache eintreten zu lassen.

38) Bl. f. RA. Bd. IX S. 64.

39) Nach Maßgabe der Disciplinarvorschriften. OAGAkt. Nr. 865 42/43. Ueberhaupt gehören Verfügungen hieher, welche über das Verhältniß zwischen Anwalt und Klient auf dem Grunde der Disciplinarvorschriften erlassen werden.

40) Vgl. OAGAkt. Nr. 1195 39/40.

41) Vgl. OAGAkt. Nr. 659 42/43.

Gutsherrn durch oberrichterliche Vorschriften über die Amtsführung des gutsherrlichen Gerichtes [42]);

8) Nach der Praxis des obersten Gerichtshofs werden auch Beschwerdeführungen in Betreff einer Gerichtsverbittung als Extrajudizialappellationen angesehen [43]). — Beschwerdeführungen gegen Beschlüsse, durch welche eine Klage wegen fehlender Eigenschaft einer Justizsache von der Gerichtsschwelle abgewiesen wird, passen zwar nicht unter den Begriff der Extrajudizialappellation; sind aber eben so wenig als Judizialberufungen, sondern vielmehr als einfache Beschwerden wegen Justizverweigerung aufzufassen [44]).

Bei dem **gravamine extrajudiciali**

„ist man an die Appellationsformalien und Fatalien
„nicht so genau gebunden, solange wenigstens nicht
„ein ordentliches Erkenntniß oder eine Verordnung
„**cum plena causae cognitione** darüber ergan-
„gen ist."

Zufolge dieser Gesetzstelle kann

a) die Einreichung der Extrajudizialappellationsschrift sowohl bei dem Unterrichter als bei dem Oberrichter geschehen [45]). Ersternfalls wird sie vom Untergerichte mit

42) OAGE. vom 7. Aug. 1840 Nr. 249 36/37.

43) Vgl. OAGAkt. Nr. 275 38/39, Nr. 734 37/38. Dagegen steht, daß in §. 52 Nr. 1 der Novelle von 1837 die Abweisung des Gerichtsverbittungsgesuchs auf gleiche Linie mit der Abweisung einer Klage gestellt wird.

44) S. oben §. 3 Note 32. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 169 ff. und Bd. IX S. 156. — Nach der Natur der Sache müßte dasselbe gelten, wenn eine Klage a limine von diesem Gerichte abgewiesen worden. Allein Abweisungen dieser Art sind in §. 52 Nr. 1 der Novelle von 1837 den Klagabweisungen wegen materiellen Ungrunds gleichgestellt.

45) In Bezug auf Rekurse wegen Prozeßstrafen und Deserviten-

Beschaffenheitsbericht und mit den Akten, wo die Prüfung durch deren Einsicht bedingt ist, an das Obergericht vorgelegt; im andern Falle wird die eingereichte Schrift, wenn nicht aus ihrem Inhalte der Ungrund der Beschwerde erhellt, dem Untergerichte zur Berichtserstattung und, wo dies erforderlich scheint, mit dem Auftrage, die Akten vorzulegen, zugefertigt.

b) Auf das Daseyn der Berufungssumme kommt es nicht an [46].

c) Der Ablauf der für Judizialappellationen bestimmten Nothfrist (s. §. 6) steht der Zulassung der Extrajudizialappellation nicht im Wege [47]. Geschah aber die Einreichung etwa erst nach Ablauf des Doppelten jener Nothfrist, so ist die Beschwerde als versäumt zurückzuweisen [48].

d) Ist auf die zur extrajudiziellen Beschwerdeführung geeignete Verfügung eines Gerichts bei diesem eine Civilprozeßverhandlung (**judicium contradictorium**) un-

abstrichen s. Komment. Bd. I S. 288—9. — Nach der Praxis geschieht nicht blos die Anmeldung des Rekurses, sondern auch die Einreichung der Rekursschrift bei dem Gerichte, gegen dessen Beschluß die Beschwerde geführt wird.

46) Dies gilt auch in Bezug auf Rekurse wegen Deservitenabstrichen. — S. Komment. Bd. I S. 288—9.

47) Hinsichtlich der Rekurse wegen Prozeßstrafen und Deservitenabstrichen s. Komment. Bd. I a. a. O.

48) Das Gesetz sagt nur, daß es mit den Fatalien nicht so genau genommen werden soll." Dieser Vorschrift ist in vollem Maße genügt, wenn man das Doppelte der für Judizialappellationen bestehenden Nothfrist gestattet. Vgl. OAGE. vom 15. Nov. 1828 Nr. 1078 27/28. Bl. f. RA. Bd. II S. 116. S. auch v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 795. — Handelt es sich freilich von Einschreitungen, welche den Gerichten resp. der Aufsichtsbehörde von Amtswegen obliegen, so kommt es überhaupt auf Einhaltung einer Frist nicht an.

ter den gegnerisch Betheiligten gefolgt [49]), so kann gegen den hierauf ergehenden Bescheid nicht mehr mit der Extrajudizialappellation Hülfe gesucht, es müssen daher für die jetzt eintretende Beschwerdeführung Formalien und Fatalien der Judizialappellation beobachtet werden. Nur auf Fälle dieser Art beziehen sich die Gesetzesworte: „solange nicht ein ordentliches Erkenntniß u. s. w." [50]).

e) Die Verfügung, welche zur Extrajudizialbeschwerde Anlaß gegeben hat, kann von dem verfügenden Gerichte zurückgenommen oder modifizirt, und dadurch die Beschwerdeführung rückgängig gemacht werden. Die Vorschrift der GO. XIV §. 9 Nr. 1 paßt nicht auf Verfügungen der hier in Frage befindlichen Art [51]).

f) Die Befugniß zur Zurücknahme, nachdem der Beschwerdeführer in neuerlicher Eingabe eine bessere, etwa auf neues Vorbringen gestützte Motivirung vorgetragen, — findet auch bezüglich der auf die Extrajudizialbeschwerde ergangenen obergerichtlichen Entschließung statt [52]).

III.

Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz.

Nach der Natur des Rechtsmittels der Appellation sollte des Oberrichters Aufgabe nur darin bestehen, nach Maßgabe der erhobenen Beschwerden zu prüfen, ob der

49) S. oben Nr. 1, insbesondre Noten 29—34.

50) Unter plena causae cognitio wird eine Civilprozeßverhandlung unter gegnerisch Betheiligten verstanden. Vgl. GO. Kap. XIV §. 1, §. 9 im Eingang, §. 11 Nr. 3 — mit den Anmerk. zu Kap. XV §. 5 lit. f: „Sobald aber die Sache einmal ad judicium contradictorium und mithin zur ordentlichen Entscheidung kömmt."

51) Vgl. Blume a. a. O. S. 203.

52) Vgl. Prozeßordnung für das Großherzogthum Baden, erläutert von W. Thilo S. 835.

Unterrichter auf dem Grunde der ihm vorliegenden Verhandlungen Recht gesprochen oder nicht[53]). Jede Einmischung und Beachtung neuen Vorbringens[54]) würde demnach unzulässig seyn. Gleichwohl wird eine solche Einmischung so zur Rechtfertigung wie zur Entkräftung der Beschwerden[55]), so nach gemeinem[56]) wie nach bayerischem Rechte[57]) für zulässig erachtet, theils um nicht einen zweiten Prozeß zur Geltendmachung des neuen Vorbringens ins Daseyn zu rufen, theils wegen des Rechtssatzes, daß das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution nicht Platz greift, so lange der Beschwerte noch auf dem Wege eines ordentlichen Rechtsmittels Abhülfe suchen kann[58]).

Es ist

1) „keiner Parthei verwehrt, in appellatorio das,

53) S. oben §. 1.

54) Welches Vorbringen für neu zu achten, darüber s. unten Komment. zu Kap. XVI §. 1 Nr. 2. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1 mit Bd. VIII S. 395—6.

55) Darauf, ob die Beschwerde auch abgesehen von dem neuen Vorbringen erheblich sey oder nicht, kommt es nach der allgemeinen Fassung der Gesetzesvorschrift nicht an. Vgl. Martin Lehrb. §. 292: „sogar ausschließend rechtfertigen."

56) Const. 4 de tempor. appellat. (7, 63); const. 37 in f. de appellat. (7, 62); Clem. 5 de appellat. (2, 12) vgl. mit cap. 4 X de except. (2, 25), Clem. 2 de test. (2, 8) und cap. 10 X de fide instr. (2, 22). Kammer-GO. v. 1555 III, 33 §. 3; Deput. Absch. von 1600 §. 114; Jüngst. RA. §. 73, 74. — Vgl. Linde im Handb. IV §. 133 f.; Mittermaier Beitr. III S. 58; Heffter System des CP. ed. II §. 453.

57) Das Geschichtliche s. in Kreittmayr's Anmerk. zu GO. XV §. 5 lit. g.

58) GO. XVI §. 1 Nr. 1.

„was in voriger Instanz bereits eingekommen ist, **circa** „**facti veritatem aut circumstantias** besser zu erklären „und auszuführen."

Die Art und Weise, wie eine Sache dargestellt wird, bestimmt nicht selten den Eindruck. Es trägt viel zur richtigen Auffassung und günstigen Würdigung bei, wenn die wesentlichen Umstände in das gehörige Licht gestellt, alle Einzelnheiten in ihrem natürlichen Verhältnisse und Zusammenhange vorgetragen, alle Begriffe und Eigenschaften mit den richtigen Ausdrücken bezeichnet, wenn ferner Thatsachen nicht blos in den allgemeinsten Merkmalen, sondern mit den individuellen Zügen und charakteristischen Besonderheiten erzählt werden, welche ein lebendiges Bild geben und das Behauptete als wirklichen wahrhaften Vorgang gleichsam zur Anschauung bringen. In allen diesen Beziehungen kann der frühern Darstellung durch die Verhandlungen der höhern Instanz unbedenklich nachgeholfen werden [59]. War aber die frühere Darstellung der thatsächlichen Verhältnisse in der Art dunkel und verworren, daß sie als völlig unbrauchbar für die Aufgabe richterlicher Beurtheilung erscheint, so kann eine in der höhern Instanz

59) Ein besondrer Grund, diese Nachhülfe mildrichterlich zu gestatten, waltet in Hinsicht auf die faktische Begründung von Einreden ob. Ist die Begründung der Klage in der Darstellung des Faktums mangelhaft, so wird sie angebrachtermassen abgewiesen, und der Kläger kann bei neuer Anstellung derselben den Fehler verbessern. Ist aber die faktische Begründung einer Einrede mit solchen Mängeln behaftet, welche bei Klagen zu einer Abweisung, wie angebracht, Anlaß geben, so geschieht die Verwerfung nicht mit Vorbehalt künftiger besserer Geltendmachung, sondern unbedingt, für immer. Um nun den Beklagten einigermassen mit dem Kläger gleichzustellen, ist dessen Befugniß, die Einreden in der Berufungsinstanz circa facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und auszuführen, im Zweifel zu begünstigen.

nachgetragene brauchbare Darstellung die Unschädlichkeit jenes Mangels für das oberrichterliche Urtheil nicht bewirken. Ueber die Gränzen der „besseren Erklärung und Ausführung" geht es gleichfalls hinaus, wenn solche faktische Umstände, welche die Begründung des (klag- oder einredeweise) geltend gemachten Rechtes bedingen, erst in der höhern Instanz angeführt werden [60]), oder wenn man Erklärungen auf gegnerische Behauptungen, welche z. B. gegen die Vorschrift der §§. 19, 21 der Novelle von 1837 in erster Instanz unterlassen wurden, in der Berufungs-Verhandlung nachholen will [61]). — Handelt es sich von den Ergebnissen einer Beweisführung oder von Darlegung der aus aktenmäßigen Thatsachen sich ergebenden Vermuthungen, so hat die bessere Ausführung in der höhern Instanz eben so freien Spielraum, wie solcher zur besseren Rechtsausführung [62]) offen steht.

2) Außer der bessern Erklärung und Ausführung über die wahre Beschaffenheit und die Umstände des Faktums

„soll man hier keine nova mehr attendiren, es wä-
„ren denn dieselben erst nach der Sentenz hervorge-

60) Kein Bedenken waltet ob, solche neue thatsächliche Anführungen des Appellanten zu berücksichtigen, welche der Appellant in der Nebenverantwortung nicht nur nicht widerspricht, sondern auch zu Folgerungen für sich benützt.

61) Eine solche Nachholung ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn bei der Verhandlung in erster Instanz die Vorschriften der Nov. von 1837 §. 17 Nr. 3 lit. b, d nicht bethätigt worden sind. S. Bd. II S. 233—4. — S. auch unten §. 7, II Note 8 und Kap. XVI §. 2, III.

62) Es ist aber nicht bloße Rechtsausführung, wenn aus aktenmäßigen Thatumständen erst in der höhern Instanz Einreden vorgebracht werden, deren Wirksamkeit nach besondern Gesetzesvorschriften durch deren ausdrückliche Vorschützung bedingt ist. S. Komment. Bd. II S. 259.

„kommen oder in Erfahrung gebracht worden, und es „könnte dieses auch mittelst eines körperlichen Eides „erhärtet werden."

Das neue Vorbringen, dessen Zulassung in der Berufungsinstanz hier bedingnißweise verordnet ist, kann bestehen

a) in neuen Thatsachen zur Begründung von Einrede, Replik oder Duplik u. s. w. [63]);

b) in neuen Beweismitteln — nach bereits geführtem Beweise [64]).

Indem hier Einreden, Repliken u. dgl. nach Ablauf des für deren Vorbringen bestimmten peremtorischen Termins, Beweismittel nach Ablauf der Beweisfrist zugelassen werden, erfolgt eine Rescission der eingetretenen Präklusion nach Art der Restitution gegen Fristversäumnisse. Aber diese Restitution wird nicht, wie es die für Restitutionen geltende Regel mit sich brächte, bei dem Gerichte erster Instanz, in dessen Verhandlungen die Unterlassung geschehen und die Präklusion eingetreten war, sie wird bei dem höhern Richter, an welchen die Sache im Wege der Berufung gegen ein nach der bisherigen Sachlage gesprochenes Urtheil gelangt, nebenbei (incidenter) gesucht. Sowohl durch diese Nachsuchung bei dem höhern Richter,

63) Eine nach GO. IV §. 13 unzulässige Aenderung der Klage kann auch nicht — unter der Firma neuen Vorbringens — in der Berufungsinstanz zugelassen werden, weil dadurch die Identität des Rechtsstreites aufgehoben würde. Vgl. Komment. Bd. II S. 164 ff.

64) Es gilt dies gleichmäßig von Zeugen, wie von andern Beweismitteln. Auch die Eideszuschiebung kann als Novum nachgetragen werden, wenn der Deferent erst in neuester Zeit erfahren, daß der Delat eigne Wissenschaft von der Sache habe. — Ob die neuen Zeugen zu früher aufgestellten oder neuen Artikeln vorgeschlagen werden, macht keinen Unterschied.

als durch den Umstand, daß damit Abänderung eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils erstrebt wird, unterscheidet sich diese Art der Incidentrestitution von der Restitution gegen Sentenzen (s. unten Kap. XVI §. 1).

Die Zulassung neu angeführter Thatsachen und neuer Beweismittel ist dadurch bedingt, daß sie erst nach der Sentenz „hervorgekommen" (z. B. ein außergerichtliches erst nach der Sentenz abgelegtes Geständniß) oder in Erfahrung gebracht worden. Einer Kenntnißerlangung nach der Sentenz ist es gleichzuachten, wenn die Kunde so kurze Zeit vorher erlangt wurde, daß von da bis zur Verkündung der Sentenz die 14tägige Restitutionsfrist noch nicht abgelaufen war [65]. — Daß wirklich das neu Vorgebrachte erst in solcher jüngsten Vergangenheit zum Daseyn oder zur Kunde gekommen, hat der Vorbringende mittelst eines körperlichen Eides zu erhärten. Dieser Eid wird richteramtlich aufgetragen; daß er anerboten werde, ist nicht vorgeschrieben. Auch kann dessen Ableistung unterbleiben, wenn der Gegner, welcher allezeit über das neue Vorbringen zu vernehmen ist, ohne dieselbe in die Zulassung der Nova willigt. — Vgl. übrigens in Bezug auf das Verfahren unten §. 7.

§. 6.

Von den Appellationsfatalien.

I.

„Die Berufungsfrist [1]) ist

„1) gegen Erkenntnisse im Exekutionsverfahren, und

65) S. §. 38 der Nov. von 1837. — War diese Frist vor Verkündung der Sentenz abgelaufen, so kann die Restitution, deren Anbringung bei dem vorigen Richter versäumt und präkludirt war, auch nicht mehr incidenter bei dem höhern Richter gesucht werden. — Vgl. den Plenarbeschluß des OAGE. vom 14. Dez. 1843. (Regbl. 1844 Nr. 3.)

1) Nach bayerischem Rechte fallen Einlegungs-, Einführungs-

„2) gegen Erkenntnisse im beschleunigten Verfahren „im mündlichen Verhöre auf 14,

„3) gegen alle übrige Erkenntnisse auf 30 Tage festgesetzt [2]).“

Das Exekutionsverfahren beginnt mit der auf Anrufen eines Theils um Exekution ergangenen Verfügung [3]), insbesondre, wo dem Anrufen willfahrt wird, mit dem unter Exekutionsbedrohung ergangenen Befehle, dem Urtheile Genüge zu leisten [4]). Berufungen, welche (nach erfolgloser Remonstration vgl S. 27) die Erlassung oder den Inhalt dieser Mandate betreffen, oder gegen Erkenntnisse über die Art der Hülfsvollstreckung, über die zur Abwendung oder Vertagung der Exekution vorgeschützten Einreden, oder über den Vollzug der Exekution, insbesondere über Adjudikation von Exekutionsobjekten gerichtet sind [5]), fallen unter die Vorschrift Nr. 1 [6]). Dasselbe gilt von

und Rechtfertigungsfrist zusammen. S. oben §. 1. Der früher zwischen Definitiv- und Beweiserkenntnissen bestehende Unterschied (Nr. 1 vgl. mit Nr. 6 des vorliegenden §en) ist nunmehr aufgehoben. — In Ansehung des gemeinen Rechts vgl. Martin Lehrb. §. 278, 286, 288. Linde Lehrb. §. 404. — Deklarationsgesuche, welche bei ermangelnder Appellationssumme an denselben Richter gebracht werden müssen (Bd. III S. 373), sind an eine Nothfrist nicht gebunden. S. unten §. 12 Note 46.

2) Novelle von 1837 §. 64. — Ueber das 10tägige Fatale in Münchner Bau- und Kundschaftssachen s. OAGE. v. 11. Apr. 1827 Nr. 351 26/27, und vom 30. Nov. 1833 Nr. 288 32/33.

3) Auch wenn diese eine abweisende ist. Vgl. OAGE. vom 18. Dez. 1843 Nr. 6 43/44 und vom 8. Feb. 1843 Nr. 285 40/41.

4) Hieher gehört auch der nach §. 52 des Hypothekengesetzes erlassene Zahlungsbefehl. Vgl. Bd. II S. 59—63.

5) OAGE. vom 26. Okt. 1841 Nr. 1259 40/41; vom 1. März 1842 Nr. 784 40/41. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 120, 318.

6) Ist gegen eine Verfügung im Exekutionsverfah-

Berufungen gegen Bescheide, betreffend des Schuldners Gesuch, die auf Anrufung eines Gläubigers eingeleitete Exekution gemäß einer der in der GO. XVIII §. 9 f. bezeichneten Rechtswohlthaten aufzuhalten resp. zu beschränken. Anders verhält es sich mit Berufungen gegen Erkenntnisse, welche in dem durch ein Nachlaß- oder Befristungsgesuch des Schuldners hervorgerufenen allgemeinen Verfahren mit allen Gläubigern ergangen sind [7]. Dieses Verfahren ist von dem hinsichtlich einzelner Forderungen eingeleiteten Exekutionsverfahren wohl zu unterscheiden, und nur für die Sistirung des letzteren in Folge der Einleitung des ersteren nicht aber für die das allgemeine Verfahren selbst erledigenden Erkenntnisse gilt die Beschränkung der Berufungsfrist auf 14 Tage [8].

Bei Berufungen gegen Erkenntnisse in dem Liquidationsverfahren, welches in Gemäßheit rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache zur Feststellung der zu zahlenden Summe gepflogen wird (Bd. III S. 365—6), findet die Beschränkung der Nothfrist auf 14 Tage nicht statt [9].

ren Nullitätsbeschwerde erhoben, so gehören Berufungen gegen die darüber ergangenen Erkenntnisse gleichfalls hieher OAGAkt. 1103 42/43. Vgl. 153 41/42.

7) Von dem Falle, wenn dergleichen Gesuche nach Eröffnung des allgemeinen Konkurses zur Verhandlung kommen, ist hier nicht die Rede. S. unten Kap. XIX §. 5, 16.

8) S. OAGAkt. Nr. 342 40/41. Vgl. Feust in den Bl. f. RA. Bd. V S. 357. Räthlich ist die Einhaltung der 14tägigen Berufungsfrist auch hier.

9) Nicht im Kap. XVIII, sondern im Kap. XVII §. 4 Nr. 7 (vgl. K. XIV §. 7. Nr. 4.) wird von solchen Liquidationen gehandelt. — Im §. 54 der Novelle von 1837 ist von solchen Liquidationen unter Nr. 2, vom Exekutionsverfahren unter Nr. 8 die Rede. Dieselben sind daher unter dem Exekutionsverfahren nicht begriffen. Vgl. K. XVIII §. 1 a. E. (Vorsicht räth auch hier die Einhaltung der 14tägigen Frist.)

In Ansehung der Frage, ob auch für Erkenntnisse über Interventionen, sowie über Restitutionsgesuche oder Nichtigkeitsbeschwerden gegen die zu vollstreckende Sentenz, im Exekutionsverfahren die 14tägige Berufungsfrist gelte, ist zu unterscheiden [10]. Betrifft die richterliche Verfügung, gegen welche appellirt wird, den Einfluß der Intervention resp. der Restitution oder Nullitätsquerel auf den Fortgang des Exekutionsverfahrens, etwa die unbedingte oder durch Kaution bedingte Sistirung desselben, so ist die Frist von 14 Tagen einzuhalten. Wenn hingegen das Erkenntniß, worüber Appellant Beschwerde führt, die Materialien oder Verhandlung der Interventions-, Restitutions- oder Nichtigkeitsbeschwerde-Sache, abgesehen von ihrer Beziehung zum Exekutionsverfahren [11], zum Gegenstande hat, so läuft dem Rechtsmittel die regelmäßige 30tägige Frist [12].

Entspinnt sich in der Folgezeit in Bezug auf den Gegenstand einer frühern rechtskräftigen Entscheidung durch förmliche Klagstellung ein neuer Prozeß, so ist dieser darum, weil dabei Wirksamkeit und Umfang der frühern Rechtskraft in Frage kommen, nicht als Exekutionsverfahren zu betrachten [13].

Ist über eine Rechtssache, welche nach gesetzlicher Vorschrift im mündlichen Verhöre hätte verhandelt werden sollen, das gewöhnliche Verfahren gepflogen worden, so tritt die in Nr. 2 verordnete Ausnahme 14tägiger Berufungsfrist nicht ein [14]. Diese setzt ein Erkenntniß im

10) Ueber die Gründe dieser Unterscheidung s. Lauk in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 104.

11) Es handelt sich z. B. um die Normirung des Beweissatzes über die Dotaleigenschaft gewisser von der Intervenientin reklamirten Objekte.

12) Vgl. OAGAkt. Nr. 106 42/43.

13) Vgl. OAGAkt. Nr. 480 39/40.

14) Vgl. OAGAkt. Nr. 981 39/40.

wirklich gepflognen [15]) beschleunigten Verfahren (mündl. Verhör) voraus, gilt aber auch für solche Fälle, welche unrichtiger Weise im mündlichen Verhöre verhandelt wurden [16]).

Wird von der Befugniß, neue Thatsachen oder Beweismittel vorzubringen, Gebrauch gemacht, so kommt es auch für diesen Bestandtheil der Berufungs-Rechtfertigung nur auf Einhaltung der Berufungsfrist, nicht darauf an, ob der Vortrag der Nova innerhalb der in §. 38 der Novelle von 1837 bestimmten Restitutionsfrist geschehen ist. Diese 14tägige Restitutionsfrist, von Entdeckung der Nova gerechnet, muß aber eingehalten werden, wenn Appellant die Nova erst nach, oder weniger als 14 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist in Erfahrung gebracht hat [17]).

II.

„Die Berufungsfrist läuft vom Tage der Einhändi-„gung des Urtheils an.“ — Diese Vorschrift setzt die Verkündung durch schriftliche Zufertigung (s. Bd. III S. 369) voraus [18]). In Sachen des mündlichen Verhörs läuft die Berufungsfrist vom Tage der Eröffnung (s. Bd. II S. 29) an. Der Eröffnungs- resp. Einhändigungstag wird nicht gezählt. „Die Appellationsschrift kann noch den

15) Ist eine Klage von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, so gilt 30tägige Berufungsfrist, wenn gleich die Sache zum mündlichen Verhör geeignet wäre. OAGE. vom 10. Aug. 1840 Nr. 1131 39/40. (Indessen ist hier die Einhaltung der 14tägigen Frist anzurathen.)

16) Bl. f. RA. Bd. V S. 282.

17) Plenarbeschluß des OAG. vom 14. Dez. 1843. Regbl. von 1844 Nr. 3.

18) Hat das Gericht gegen die Vorschrift des Gesetzes Verkündungstagfahrt anberaumt, so läuft dennoch gegen die nichterschienene Parthei die Nothfrist erst von Zustellung der Urtheilsabschrift. OAGAkt. Nr. 1078 42/43.

„den ganzen letzten Tag bis gegen Abend [19]), oder wenn „derselbe etwa ein von der Kirche gebotener [20]) Feiertag „ist, an dem zunächst folgenden Werktage übergeben wer„den, wogegen die mittleren [21]) Feiertage in das Fatale „mit einzurechnen sind.“

Die in Bd. II S. 206 f. über die Insinuation gerichtlicher Verfügungen [22]), und S. 268 über die Berechnung der Fristen vorgetragnen Grundsätze finden auch Anwendung, wo die Einhaltung der Berufungsfrist in Frage ist.

Von der Berufungsfrist in Bezug auf Appellationen eines Dritten s. oben §. 2 Note 4.

III.

Geschah die Einreichung der Berufungsschrift bei dem höhern Richter, statt bei dem Gerichte erster Instanz, so ist damit die Nothfrist nicht gewahrt. Wenn jedoch aus den Umständen erhellt, daß die Einreichung (vor Ablauf der Nothfrist) bei der unrechten Behörde nicht absichtlich geschehen, um die Berufungsschrift noch vor dem Thorschlusse mit Umgehung der ersten Instanz einzuschwärzen,

19) Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 151 und Komment. Bd. II S. 269 Note 5.

20) Vorausgesetzt, daß dem Kirchengebote die Anerkennung der Staatsgewalt nicht fehlt.

21) D. h. die in den Lauf der Frist fallenden.

22) Der a. a. O. S. 210 vorgetragene Satz, daß Insinuationen an Sonn- oder kirchlichen Festtagen als nicht rite geschehen anzunehmen seyen, hat den Beifall des obersten Gerichtshofs nicht erhalten. OAGE. vom 14. Febr. 1843 Nr. 1533 39/40. S. jedoch Bl. f. RA. Bd. IX. S. 91 f. — Ueber den in Bd. II S. 211 Note 19 in Betreff der Zustellung durch Mittelspersonen aufgestellten Satz — vgl. die nähere Ausführung in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 401—3.

sondern daß vielmehr nur ein Versehen obgewaltet habe, so soll dieses unschädlich seyn, d. h. die Nothfrist als eingehalten gelten [23]). Ist die rechtzeitig eingereichte Berufungsschrift hinsichtlich der äussern Form mangelhaft, z. B. nicht auf Stempelpapier oder ohne die gehörige Legalisation [24]), oder nicht in Duplo exhibirt [25]), oder muß sie wegen ungebührlicher Ausdrücke zur Reinigung zurückgegeben werden, so ist dies in Bezug auf das Fatale unschädlich, und es gereicht nicht zum Nachtheile, daß die fehlende Doppelschrift oder die gereinigte Beschwerdeschrift erst nach Ablauf der Nothfrist zum Einlauf kommt [26]). — Die Vorschrift der Gerichtsordnung (Nr. 4), daß der Tag der Verkündung des vorigen Urtheils in der Berufungsschrift bei Vermeidung der Desertion angegeben werden soll, gilt nicht mehr, indem ihre Voraussetzung, die Einreichung bei dem höhern Richter, weggefallen ist [27]).

23) v. Stürzer Civilgerichtsverfahren S. 801; Bl. f. RA. Bd. II S. 21. — Nach einer strengeren Ansicht erkannte das OAG. in dem von B. Duprel IV S. 108 mitgetheilten Falle.

24) Vgl. OAGAkt. Nr. 614 39/40. In dieser Sache wurde die Revisionsschrift ohne Legalisation von einem Unsiegelmäßigen eingereicht, hierauf oberstrichterlich Beigebung eines Offizialanwalts angeordnet, und die von diesem innerhalb 30 Tagen, von Zeit seiner Bestellung gerechnet, eingereichte neue Revisionsschrift zugelassen.

25) In Ansehung der Frage, ob die Einreichung des Konzeptes zur Wahrung der Frist genüge, ist die Praxis des OAG. nicht gleichförmig. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 293 Nr. 2 mit B. Duprel Bd. V S. 103.

26) Vgl. GO. XV §. 5 Nr. 9 und die Anmerk. zu dieser Stelle. Komment. Bd. III S. 29 Note 13. Bl. f. RA. Bd. I S. 293 Nr. 1. — S. auch OAGAkt. Nr. 614 39/40.

27) Gönner im Komment. S. 362 Nr. 11.

IV.

„Es soll keinem Richter erlaubt seyn, die fatalia appellationis zu prolongiren.“ Hierdurch unterscheiden sich die Nothfristen von andern gesetzlich bestimmten Präjudizialfristen.

Ist die Nothfrist ohne Verschuldung des Appellanten unbenützt verstrichen, oder hat eine unverschuldete Verspätung der Einreichung stattgefunden, so kann durch Restitution geholfen werden. Das Nähere hierüber — s. unten zu GO. Kap. XVI §. 1 Abth. II.

Ueber den Einfluß der gegen ein Beweisinterlokut eingelegten Berufung auf den Lauf der Beweisfrist — s. Komment. Bd. III S. 31—2.

Bei einer bloßen Inhäsivsentenz, durch welche ein früherer Ausspruch wiederholt wird [28]), sind die Fatalien von dem ersten, nicht von dem inhärirenden Ausspruche zu berechnen, sofern nur gegen Jenen Appellation zulässig war. Bei richterlichen Verfügungen, welche auf einseitigen Antrag zum Nachtheil des andern Theils erlassen werden, ist dies nicht der Fall [29]). Auf Verfügungen dieser Art ist daher die Vorschrift der GO. XV §. 6 Nr. 7 nicht zu beziehen; wohl aber auf Dekrete, durch welche auf einer frühern Abweisung von der Gerichtsschwelle, der Remonstration ungeachtet, beharrt wird [30]).

28) Wenn über frühere Attentate eine Beschwerde erhoben, diese aber abgewiesen war, und nun bei einer über angeblich neuerliche Attentate erhobnen Beschwerdeführung auf das frühere Dekret verwiesen wird, so ist der Fall einer Inhäsivsentenz nicht gegeben.

29) Novelle von 1837 §. 55. S. oben §. 3 S. 11—12.

30) Komment. Bd. III S. 344 lit. b, α). Vgl. v. Stürzer Civilgerichtsverf. S. 802.

§. 7.

Von dem Prozesse in appellatorio [1]).

I.

So wie die Einreichung der Appellationsschrift bei dem Gerichte I. Instanz geschieht (s. oben §. 1, 5), so wird von diesem auch das Verfahren der Berufungsinstanz geleitet. Waltet Bedenken über die Zulässigkeit der Berufung aus dem Standpunkte des §. 51 der Nov. von 1837 ob, so hat das Gericht I. Instanz darüber Beschluß zu fassen (s. oben S. 55). Stellt sich das Rechtsmittel in dieser Beziehung als zulässig dar, so ist, wie folgt, zu verfahren.

„Ist die Appellation gegen Abweisung der Klage von „der Gerichtsschwelle (Nov. v. 1837 §. 52 Nr. 1) ergriffen „worden, so sind die Akten ohne weiters an den höhern „Richter einzusenden; dem Gegentheil wird hievon" (unter Zufertigung des Duplikats der Beschwerdeschrift) „Nachricht gegeben [2])."

In den übrigen Fällen wird der Beschwerdenlibell dem Gegentheil mitgetheilt, und diesem läuft vom Tage der Zustellung eine 30tägige, beziehungsweise (nämlich wo auch die Berufungsfrist nur 14 Tage zählt) 14tägige, unerstreckliche Frist [3]), um eine Nebenverantwortung einzu-

1) Die Bestimmungen des §. 7 Nr. 1—6 und 8 sind Antiquität. — Vgl. Novelle von 1819 §§. 25 — 28 mit Nov. von 1837 §. 67, 68. Die Vorschriften der Novelle von 1819 über die Abhaltung eines Inrotulationstermines wurden in dem Landtagsabschiede von 1831 (III, 9) wieder aufgehoben.

2) Novelle von 1819 §. 25.

3) Es besteht eine Kontroverse darüber, ob der Lauf dieser Frist durch ausdrückliche Vorsteckung derselben in dem Mittheilungsdekrete bedingt sey? S. Bl. f. RA. Bd. VII S. 90, 337. Für die Bejahung der Frage spricht der Umstand, daß die GO. (XV §. 7 Nr. 7) diese richterliche Vorsteckung mit

reichen und etwa auch die Adhäsionsbefugniß (§. 9) auszuüben. Die Einreichung einer Nebenverantwortung ist nur bei Berufungen von der ersten zur zweiten Instanz statthaft (s. unten §. 12, V a. E.). Bei protokollarisch verhandelten Sachen kann die Nebenverantwortung zu Protokoll aufgenommen werden. Die Aufgabe dieser Prozeßschrift ist, etwa die Statthaftigkeit des Rechtsmittels oder die Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen zu bestreiten, in der Sache selbst aber den Ungrund der Beschwerden des Appellanten zu zeigen [4]. Die Befugniß, das bereits verhandelte besser zu erklären und auszuführen, und erst nach

Androhung des Ausschlusses ausdrücklich anordnet, und der Landtagsabschied von 1831 a. a. O. durch Aufhebung der Vorschriften über den Inrotulationstermin jene Anordnung der GO. wieder in Kraft gesetzt zu haben scheint. Allein der §. 67 der Novelle von 1837 setzt die Frist für die Einbringung der Nebenverantwortung auf 14 resp. 30 Tage fest, ohne dabei die richterliche Vorsteckung dieser Frist in dem Mittheilungsdekrete anzuordnen. Nach dem §. 68 läuft die gleiche Frist für die Adhäsion vom Tage der Zustellung der Berufung, ganz nach Art der Nothfrist für die Berufung. Was für die Adhäsion gilt, muß offenbar auch für die Nebenverantwortung Rechtens seyn; und dies zwar um so mehr, als diese Prozeßschrift von dem Regierungskommissär, so in den Motiven wie in den ständischen Verhandlungen als eine unwesentliche bezeichnet wurde. Vgl. Moritz Real-Commentar S. 587—90. Indessen ist die Praxis vieler Gerichte, welche in dem Mittheilungsdekrete die gesetzliche Frist und das Präjudiz des Ausschlusses ausdrücken, für zweckmäßig zu halten. Bl. f. RA. Bd. VII S. 339.

4) Hat Appellant von der Befugniß Gebrauch gemacht, das bereits in voriger Instanz Eingekommene circa facti veritatem aut circumstantias besser zu erklären und auszuführen, so hat Appellat, was er davon nicht gelten lassen will, in der Nebenverantwortung zu widersprechen. Diese ist auch zur Erklärung über die in der Berufungsschrift vorkommenden wirklichen Nova bestimmt.

der Sentenz hervorgekommene oder in Erfahrung gebrachte Nova vorzubringen, steht dem Appellaten in gleichem Maße wie dem Appellanten zu [5]).

Nach Ablauf der gesetzlichen Frist werden die Akten erster Instanz nebst den Berufungsverhandlungen [6]) mit Bericht dem Oberrichter vorgelegt. Hat der Appellat adhärirt, so ist (bei Berufungen von der ersten an die zweite Instanz) die Einsendung noch um **30** resp. **14** Tage, von Zustellung der Adhäsionsschrift an zu verschieben, indem dem Adhäsen (Appellanten) die Einreichung einer Adhäsions-Nebenverantwortung freisteht.

Abweichungen von dieser Regel des Verfahrens treten ein, wenn das Gericht I. Instanz im gegebnen Falle den Suspensiveffekt versagt (vgl. §. 8), indem hier die Einsendung der Akten an den Oberrichter auf so lange unterbleibt, als dieselben dem Richter I. Instanz zur Verwirklichung seines Beschlusses unentbehrlich sind; sofern sie nicht von dem Oberrichter, auf bei ihm eingereichte Beschwerdeführung, abgefordert werden.

II.

„Wenn die Sache **in facto** noch nicht genug erörtert „ist, (soll man) dieselbe zur ersten Instanz um der nöthi„gen Erörterung willen remittiren, in welchem Falle je„doch **judex 1mae** nicht mehr von neuem darin sprechen „kann, sondern die unerörterten Punkte nur der Nothdurft „nach zu instruiren, den Spruch aber derjenigen Instanz,

5) GO. XV §. 5. Nr. 8: „Ist keiner Parthei verwehrt.“ Im Falle Appellat wirkliche Nova vorbringt, ist erforderlich, den Appellanten darüber zu hören. S. die angef. Gesetzstelle.

6) Welche, wenn der Appellat nicht adhärirt, mit der Nebenverantwortung schließen. „Re- und duplicas soll man in appellatorio niemals mehr zulassen.“ GO. XV §. 7 Nr. 8. S. jedoch die vorige Note.

„wo die Appellation hängt, zu überlassen, und die Akten „dahin einzuschicken hat."

Für die Anwendung dieser Vorschrift gilt alles Dasjenige, was in Bd. III S. 317—8 zur Erläuterung von Nr. 3 §. 2 Kap. XIV der GO. über Wiederaufhebung des Aktenschlusses,

„wenn der Richter zu seinem Unterrichte mehr Auskunft nöthig hat,"

gesagt worden ist. Die dort erörterten Umstände motiviren die Einleitung nachträglicher Verhandlungen nicht nur vor Erlassung des erstrichterlichen Urtheils; auch der Oberrichter, welcher die Sache in der Berufungsinstanz zu prüfen hat, soll von denselben Veranlassung nehmen, zur Hebung von Mißverständnissen, zur Aufhellung der in einzelnen Punkten minder deutlichen Vorträge, zur Feststellung der Wahl zwischen Auftragung des Erfüllungs- oder des Reinigungseides, zur Ergänzung der Akten u. s. w. entweder das ihm nach GO. X §. 15 Nr. 7 zustehende Fragrecht auszuüben, oder die oben bezeichnete nachträgliche Erörterung zu verfügen [7]). Diese kann in nachträglichen Erklärungen der Partheien, in der Vernehmung eines betheiligten Dritten, in nochmaliger Befragung von Zeugen oder Sachverständigen, in Erholung urkundlicher Vorlagen, in Adhibirung andrer Akten, oder in Nachholung sonstiger Prozeßleitungsakte bestehen. Die Instruirung dieser Nachholungen ist an das Gericht erster Instanz zu verweisen, welchem aber nicht zusteht, über das Ergebniß zu erkennen [8]). — Anders verhält es

7) Vgl. Bl. f. RA. Bd. IX S. 139. Auch über die Modalität dieser Verfügung gilt das in Bd. III S. 317—8 Bemerkte.

8) Dies gilt auch von dem Falle, wenn die Nachholung durch den Umstand veranlaßt wird, daß der erste Richter es versäumt hat, der Verhandlung der Sache die (nach §. 17) erforderliche Belehrung über die Vorschriften der §§. 18, 19

sich, wenn die Prozeßhandlungen oder Beweismittel, welche den Gegenstand der Nachholung bilden, früher von dem Gerichte I. Instanz als unstatthaft, irrelevant oder verspätet zurückgewiesen waren, nun aber vom Oberrichter, auf die früher durch Verwahrung gesicherte, nun in der Berufungsinstanz geltend gemachte Beschwerde einer Parthei, als statthaft, erheblich und nicht verspätet erkannt sind. Da hier das Urtheil I. Instanz auf dem Grunde von Verhandlungen ergangen ist, in welchen die Rechtsvertheidigung einer Parthei nach der Ansicht des Oberrichters ungebührlich verkürzt wurde, so liegt der Fall einer (heilbaren) Nichtigkeit vor, das angefochtene Urtheil muß aufgehoben, und von dem ersten Richter, nach Bewerkstelligung der angeordneten Nachholungen, nochmals in der Sache erkannt werden [9]).

Im Falle neuen Vorbringens ist zu unterscheiden, ob dieses in neuen Thatsachen, oder neuen Beweismitteln besteht [10]). Wird ersternfalls, nachdem der Gegner entweder in der Nebenverantwortung oder in einer

der Novelle von 1837 voranzuschicken. S. Bd. II S. 233—4. Das erstrichterliche Urtheil mit dem vorhergegangenen Verfahren, bis zu der mangelhaften Erklärung einschlüssig, oberrichterlich aufzuheben, rechtfertigt sich in solchem Falle nur da, wo durch die bestimmte Erklärung, deren Nachtragung als zulässig erscheint, nicht blos eine Ergänzung bewirkt, sondern die Grundlage des erstrichterlichen Urtheils völlig oder zum größeren Theile verrückt wurde. Vgl. S. 74 Note 61.

9) Die abweichende Ansicht Gönner's (Komment. S. 290—5) hat auch die allgemeine Praxis gegen sich. — Wenn jedoch nichts nachzuholen, sondern nur eine in den Akten befindliche Prozeßschrift (z. B. die Duplik) zu berücksichtigen ist, welcher der erste Richter, etwa wegen angenommener Verspätung, die Beachtung versagt hat, so findet die Zurückweisung zu nochmaligem Erkenntniß nicht statt.

10) S. hierüber den Plenarbeschluß des OAG. vom 14. Dez. 1843 (Regbl. von 1844 Nr. 3).

dem Gerichte I. Instanz aufgetragnen Verhandlung über das neue Vorbringen gehört ist, von dem Obergerichte, bei welchem die Appellation hängt, auf Beweis erkannt, so ist die Sache nicht blos zu Instruirung des Beweisverfahrens, sondern auch zum Erkenntnisse über dessen Resultat, vorbehaltlich weiterer Berufung, an den ersten Richter zurückzuweisen. — Besteht hingegen das neue Vorbringen nur in neuen Beweismitteln, so hat sich die Zurückweisung überall nur auf die Instruirung zu erstrecken, nach deren Bewerkstelligung auf erfolgte Wiedereinsendung der Akten das Obergericht, an welches mit Zuhülfenahme des neuen Vorbringens appellirt worden, in der Sache nach deren nunmehriger Lage [11]) die Appellationssentenz erläßt. — War übrigens von dem neuen Vorbringen zur Begründung der *primären* Berufungsbitte, oder nur zur Stellung eines *eventuellen* Antrages Gebrauch gemacht, immer muß vorerst geprüft werden, ob sich nicht die primäre Bitte schon nach der bisherigen Aktenlage rechtfertige; indem hier, wenn dies wirklich der Fall, das neue Vorbringen gar nicht zur Erwägung kommt. Die Instruirung der Nova findet ebensowenig statt, wenn sich dieselben als irrelevant darstellen, oder das Vorbringen offenbar zu spät geschah.

§. 8.

Vom Stillstande und den attentatis [1]).

Mit dem Eintritte der Rechtshängigkeit einer Streitsache ist jede Aenderung des faktischen Zustandes untersagt (**pendente lite nihil innovetur**) [2]). Solange das gefällte Urtheil noch die Rechtskraft nicht beschritten hat, insbesondre während die Sache in der Berufungsinstanz

11) Wie sich solche durch Instruirung der Nova gestaltet hat.

1) Vgl. *Martin* Lehrb. ed. XII §. 276; *Linde* Lehrb. §. 386.

2) Komment. Bd. II S. 216.

schwebt, dauert die Rechtshängigkeit, und damit die Wirksamkeit des erwähnten Grundsatzes fort. Verfügungen oder Thathandlungen, welche diesem Grundsatz zuwiderlaufen, heißen Attentate [3]) (Neuerungen). Hierüber ist zu bemerken:

1) Ein Attentat kann von einer Parthei oder von dem Unterrichter selbst begangen werden. Die Eigenschaft eines Attentates hat es insbesondre, wenn der Unterrichter, nichtachtend den Suspensiveffekt der ergriffenen Appellation, oder doch vor Ablauf der Berufungsfrist [4]), zum Vollzuge seines Urtheils schreitet; sofern nicht einer der Ausnahmsfälle vorhanden ist, in welchen der Suspensiveffekt wegfällt [5]).

2) Attentat ist, „was zum Abbruche und Nachtheile [6]) der in appellatorio rechtsanhängigen Sache [7]) unternommen wird, — und soll

3) Kreittmayr Anmerk. zu diesem §en lit. b: „Attentatum heißt sonst in genere eine jede während des Streites in contemtum jurisdictionis et praejudicium partis unternommene Neuerung; insbesondre aber versteht man jene Neuerungen darunter, welche pendente appellatione auf diese Weise vorkommen."

4) Wo es sich von einem appellablen Bescheide in einer der Summe nach appellablen Sache handelt. Ist die Appellation wirklich ergriffen, so kann der Unterrichter auch bei dem offenbarsten Mangel der Summe nicht zum Vollzuge schreiten.

5) Vgl. unten §. 9 Nr. II und Kap. XVIII §. 1.

6) Kreittmayr in den Anmerk. lit. f: „Wenn sich demnach „z. E. der possessor rei litigiosae während des Streites „nur bei seinem Inhaben zu schützen, und allenfalls Gewalt „mit Gewalt abzutreiben sucht, so thut er dadurch nichts in „praejudicium litis, und machte keine Neuerung, sondern „er hindert dieselbe vielmehr und continuirt nur das Recht, „was er schon hat."

7) Anmerk. lit. g: „Was also nicht im Streite oder wenigstens „in appellatorio nicht mit angebracht ist, gehört nicht hieher."

3) „nicht nur mit willkürlicher Bestrafung des Atten„tanten [8]) geahndet, sondern auch auf seine eigene Ko„sten [9]) alles in den vorigen Stand, wie es vor der „Neuerung gewesen ist, praevia summaria causae cog„nitione [10]) unverzüglich gesetzt, in der Hauptsache selbst „aber nicht verfahren werden, bis die Restitution gesche„hen ist [11]). — Ist das Attentat „offenbar kundig" [12]), so wird auf erhobene Beschwerde (Attentatenklage) die Verhandlung [13]) im mündlichen Verhör gepflogen, „im „Falle aber das eingeklagte Attentat nicht klar und offen„bar, sondern zweifelhaft und altioris indaginis zu seyn „scheint" [14]), findet das gewöhnliche Verfahren, jedoch

8) Geldstrafen sind hier üblich, welche bei Wiederholungen des Attentats gesteigert werden. — Gegen die attentirende Parthei kann auch, wenn die Geldstrafen nichts fruchten oder Unvermögenheit obwaltet, mit Arrest verfahren werden."

9) Anmerk. lit. h: „Und es macht der Codex zwischen Richter und Parthei hierin keinen Unterschied."

10) S. oben Bd. II S. 18 Nr. 8.

11) Indessen findet der Aufschub nicht statt, wenn der durch das Attentat Benachtheiligte die unaufgehaltne Fortsetzung des Verfahrens beantragt. Fr. 25 de legibus.

12) D. h. so beschaffen, daß die ungebührliche Verletzung des status quo offen zu Tage liegt, ohne daß eine nähere Erörterung des Rechtsverhältnisses der Partheien vonnöthen ist. Vgl. Komment. Bd. II S. 18 Note 16. — Waltet im einzelnen Falle Zweifel darüber ob, welcher von beiden Theilen Besitzer, und ob die als Attentat angeschuldigte Handlung nicht blos zur Aufrechthaltung des Besitzstandes vorgenommen worden sey, so fehlt das Merkmal des „offenbar kundig." S. unten Nr. 4.

13) Auch bei Attentaten des Unterrichters kommt eine solche Verhandlung vor, wenn nämlich der Gegner den ihm dadurch zugegangenen Vortheil behaupten will.

14) S. die vorige Note und unten Nr. 4.

mit abgekürzten Terminen, statt [15]). Nur von dem ersten, nicht von dem zweiten Falle gilt die Vorschrift, daß vor der Wiederherstellung des vorigen Zustandes in der Hauptsache nicht verfahren werden soll; in dem zweiten soll man vielmehr „die Hauptsache durch das „Incidentverfahren weder aufhalten, noch mit diesem „vermischen, sondern jedes besonders verhandeln, die Akten „separiren, und demnach entweder beide Punkte zugleich, „oder nach Gestalt der Dinge [16]) einen nach dem andern „entscheiden."

4) Sind die Akten bereits dem Obergerichte vorgelegt [17]), oder betrifft die Attentatenklage eine von dem Untergerichte vorgenommene Neuerung, so wird dieselbe bei jenem [18]) eingereicht. Da es sich von selbst versteht, daß während des Schwebens der Berufung Neuerungen zu unterlassen sind, so scheint es ganz unbedenklich, das Verfahren über die Attentatenklage mit einem **Instandsbefehle (mandatum inhibitorium)** einzuleiten. Aber gerade das ist nicht selten Streitpunkt, ob die Handlungen, deren Untersagung der Attentatenkläger beantragt, wirkliche Neuerungen oder vielmehr nur Akte eines für den Attentatenbeklagten bestehenden Besitzstandes sind [19]); ob nicht

15) Wie dies überhaupt bei Incidentsachen üblich ist. Komment. Bd. II S. 19—21.

16) D. h. je nachdem die Verhandlung über den einen oder andern Punkt früher spruchreif geworden.

17) So lange die Sache noch, sey es auch in der Instruktion des Berufungsverfahrens, bei dem Gerichte I. Instanz schwebt, ist dieses für die Klage über ein Attentat des Gegners kompetent.

18) D. h. bei dem Obergerichte, vor welchem die Sache jetzt schwebt. Wo dringende Gefahr auf dem Verzug, kann provisorische Einschreitung auch jetzt noch bei dem Gerichte I. Instanz nachgesucht werden. S. unten §. 9, II.

19) In Besitzstreitigkeiten, deren Gegenstand gerade die Frage ist, welcher von beiden Theilen Besitzer sey.

die richterlichen Verfügungen, welche als Attentat zur Anzeige gebracht worden, aus dem Standpunkte provisorischer Maßregeln bei obwaltender Gefahr auf dem Verzuge sich rechtfertigen [20]. Unter solchen Umständen [21] soll der um Einschreitung angerufene Oberrichter „mit Instandsbefehlen behutsam verfahren, und sie entweder gar „nicht, oder wenigstens nur **sub clausula**: wenn die „Sache angebrachtermassen beschaffen ist, ertheilen." — Wenn nun der Unterrichter aus dem Inhalte der ihm mit dem bedingten Instandsbefehle zugefertigten Attentatenklage, resp. aus deren Vergleichung mit den Akten ersieht, daß sich die Sache anders verhalte, als dem Oberrichter vorgestellt worden, oder daß in der Darstellung des Attentatenklägers erhebliche Umstände verschwiegen worden, so unterbleibt vor der Hand der Vollzug des Befehles, wovon jedoch, unter Darlegung des wahren Sachverhaltes, dem Obergerichte ohne Verzug berichtliche Anzeige zu machen ist [22]. — Erscheint dem Oberrichter die bei ihm eingereichte Attentatenklage nicht einmal zur Erlassung eines bedingten Instandsbefehles geeignet [23], so wird sie, wenn nicht wegen offenbaren Ungrundes sofortige Verwerfung erfolgt, dem Unterrichter mit dem Auftrage zugefer-

20) Komment. Bd. II S. 216, IV Nr. 1. vgl. mit S. 32—38. — S. v. Stürzer CGV. S. 805. — Einleitung eines Zeugenverhörs zum ewigen Gedächtniß ist kein Attentat. OAGE. v. 7. März 1842 Nr. 435 40/41.

21) Besonders wenn es sich von einem Anrufen der Gutshintersassen gegen ihre Grundherrschaften handelt. GO. XV §. 8 Nr. 6.

22) So wie überhaupt von provisorischen Verfügungen, welche während des Schwebens der Sache in der höhern Instanz bei dringender Gefahr auf dem Verzuge erlassen werden mußten. v. Stürzer CGV. S. 805.

23) Weil die Voraussetzung zur Erlassung eines bedingten Mandates ermangele. Komment. Bd. II S. 196 f.

tigt, die oben bezeichnete Verhandlung darüber zu pflegen und sodann unter Akteneinsendung Beschaffenheitsbericht zu erstatten. Auf bloße Berichtsabforderung kann sich vorerst die oberrichterliche Entschließung beschränken, wenn der Ungrund der Attentatenklage sich aus dem Inhalte derselben zwar nicht als gewiß, aber als wahrscheinlich darstellt.

§. 9.

Vom Effekte der Appellation und Adhäsion.

I.

Devolutiveffekt.

„Durch die Appellation wird die Streitsache nach dem „Maaße der eingewandten speziellen Beschwerden, sammt „allem dem, was davon abhängt, an den höheren Richter „devolvirt."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle dienen folgende Sätze:

1) Ein Civilprozeß und das darin ergangene Urtheil kann verschiedene Streitgegenstände betreffen; in den einzelnen Streitsachen kommen häufig mehrere Streitpunkte vor; über einen Streitgegenstand kann nach Theilen desselben verschieden erkannt werden. Wenn nun die eingewandten speziellen Beschwerden [1]) nur über einen oder einige der mehrern Streitobjekte, über einen oder den andern der mehrern Streitpunkte oder nur über einen Theil des ursprünglichen Streitgegenstandes erhoben sind, so ist das angefochtene Urtheil hinsichtlich der übrigen Streitgegenstände resp. Streitpunkte oder Streit-

1) Welche übrigens nicht nach dem Buchstaben, gleichsam als seyen sie ein Akt des Formularrechts, sondern nach der Intention des Appellanten, mit vergleichender Rücksicht auf die in der Berufungsschrift und sonst in den Akten gestellten Anträge aufzufassen sind. S. unten Note 8.

objektstheile in Rechtskraft erwachsen, und die Devolution des Prozesses an den höhern Richter erstreckt sich auf dieselben nicht. Die Berufung über einen von mehrern Klagposten oder über eines von mehrern Fundamenten der Klage hindert nicht den Eintritt der Rechtskraft in Ansehung der übrigen; eben so kann der Ausspruch des Unterrichters über eine Einrede oder die Wirksamkeit eines Beweismittels oder einen andern prozeßualischen Streitpunkt in Rechtskraft übergegangen seyn, während dessen Entscheidung über die Klage oder über andre Einreden oder das Ergebniß andrer Beweismittel, beziehungsweise über andre Prozeßfragen — an den Oberrichter devolvirt wurde; die Entscheidung der Frage, ob und wodurch eine Klage oder Einrede für begründet zu achten, kann bereits rechtskräftig feststehen, während die andere Frage, ob sie bereits (im Vorverfahren) bewiesen vorliege, noch vor dem Oberrichter schwebt [2]). In Ansehung der, in Ermanglung darauf gerichteter, beziehungsweise statthafter [3]) Beschwerde,

2) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 54. Ist gegen ein Beweisinterlokut nur darum Beschwerde geführt, weil die zu beweisende Thatsache bereits bewiesen vorliege, so darf der Oberrichter in die Frage nicht eingehen, ob die fragliche Thatsache die darauf gebaute Klage oder Einrede zu begründen geeignet sey. — Wenn der Unterrichter dem Kläger Beweis aufgelegt hat, hierüber nur der Kläger Beschwerde führt, und der Oberrichter nun die Ueberzeugung gewinnt, daß die Klage völlig unbegründet sey, so kann er doch (abgesehen von den Fällen, wo es sich von einem von Amtswegen zu handhabenden gesetzlichen Gebot oder Verbot handelt) dieser Ueberzeugung keine Folge geben, d. h. auf Klagabweisung nicht erkennen; sondern es bleibt ihm unter solchen Umständen nichts übrig, als die Abweisung der Beschwerde auszusprechen. Vgl. unten §. 11.

3) Ist die darauf gerichtete Beschwerde nicht statthaft, weil etwa die Sicherung derselben durch rechtzeitige Verwahrung unterlassen worden, so steht es gerade so, als wäre die Beschwerde gar nicht vorhanden.

Bayerische Staatsbibliothek München

nicht an den Oberrichter devolvirten Streitpunkte, hat derselbe keine Kognition; er ist zu einer Abänderung nicht befugt, wenn er gleich bei der gelegenheitlichen Prüfung die Ueberzeugung gewann, daß ungerecht geurtheilt worden.

2) Die Streitpunkte, auf welche die speziellen Beschwerden gerichtet sind, werden mit Allem, was davon abhängt, an den höhern Richter devolvirt. Demzufolge erwächst

a) mit der Frage, ob die Beschwerde begründet? — auch die davon abhängige: wie im Beschwerdepunkte zu erkennen sey? — zur oberrichterlichen Kognition. In Entscheidung dieser zweiten Frage darf der Oberrichter, was den Streitgegenstand betrifft, mittel- oder unmittelbar [4]), nicht mehr oder ein Andres zuerkennen, als der Appellant beantragt [5]), auch in der Regel nicht zum Nachtheil des Appellanten abändern [6]); im Uebrigen [7]) hat er in seinem Urtheile das Ergebniß der wiederholten Sachprüfung auszusprechen, ohne sich dabei hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Art interlokutorisch oder ob sofort definitiv zu erkennen sey? durch die Anträge des Appellanten beschränken zu lassen [8]). — Hat etwa

4) Mittelbar, indem z. B. das Interlokut auf eine größere Summe gerichtet wird, als Appellant verlangt.

5) Vgl. Bd. I S. 306 Nr. 3 lit. a.

6) S. hierüber unten Abth. III des vorliegenden §en.

7) D. h. außer der eben angegebnen Begränzung.

8) GO. XV §. 11 Nr. 2: „Dem rechtl. Befund nach." Vgl. Martin in Weber's Paraphrase seines Lehrbuchs S. 89—90; Mevius Decis. P. V decis. 141; P. VII decis. 109; Bl. f. RA. Bd. IV S. 401—4, Bd. VIII S. 140—1, wo aus einem OAGE. folgende Sätze mitgetheilt werden: „Wenn gleich der Richter, soviel das objectum litis in der Hauptsache betrifft, nicht ultra petita partium erkennen soll, so spricht doch das Gesetz nur von dem objectum litis in

etwa der Appellant gegen ein Interlokut nur darüber Beschwerde geführt, daß nicht definitiv zu seinen Gunsten erkannt worden, ohne dabei eventuell die Aufbürdung der Beweislast oder die Fassung des Beweissatzes anzugreifen, so ist doch der Oberrichter, wenn ihm die Sache zur Erlassung der beantragten Definitivsentenz nicht reif erscheint, in Beziehung auf Beweislast und Beweissatz jede Abänderung zu treffen befugt, welche nicht offenbar zum Nachtheile des Appellanten gereicht [9]). — Beschwert sich der Appellant über Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Beweissatzes oder darüber, daß ihm, statt seinem Gegner, der vom Unterrichter für erforderlich gehaltene Beweis aufgebürdet worden, so ist der Oberrichter nicht gehindert, das Resultat der zur Würdigung der Beschwerde [10]) angestellten Sachprüfung in einem dem Appellanten günstigen Definitivurtheile auszusprechen [11]). — Erachtet der Ober-

der Hauptsache und sagt ausdrücklich, daß der Richter nicht über die in den Akten enthaltenen Petita hinausgehen soll. Kreittmayr warnt in den Anmerk. (XIV §. 7 lit. b) besonders vor dem Irrthum, als müsse man gerade an das der Klage (oder der Berufungsschrift) angehängte Petitum sich binden, und er sagt ausdrücklich, daß man auf das erkennen soll, was in den Akten entweder expresse oder tacite, realiter vel virtualiter enthalten ist." Vgl. auch OAGE. vom 9. Nov. 1841 Nr. 176 39/40.

9) Eine nähere Ausführung hierüber s. in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 49—56.

10) Bl. f. RA. Bd. II S. 109—12. Allerdings ist der Oberrichter an den Umfang der speziellen Beschwerde gebunden; aber die unrichtige Folgerung, welche der Appellant aus den Prämissen der Beschwerdebegründung in der Berufungsbitte zieht, kann dem Oberrichter den Zwang nicht auflegen, ein unnöthiges Vor- oder Zwischenverfahren einzuleiten. Komment. Bd. I S. 307 lit. c, β.

11) Auf andre außer der Sphäre der fraglichen Beschwerde liegende Streitpunkte hat dies keinen Bezug.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

richter eine Eidesleistung für unnöthig, welche ihm zuzuerkennen Appellant beantragt, so ist nicht auf diese, sondern nach der Sachlage definitiv zu erkennen. Ueberhaupt ist es Sache des Oberrichters, unnöthige Eidesleistungen abzuschneiden, auch wenn über deren Zuerkennung keine Beschwerde geführt worden [12]).

b) Zufolge der Devolution der Sache nach dem Maaße der speziellen Beschwerden sammt allem dem, was davon abhängt, kann der Oberrichter in den Fall kommen, über Streitpunkte zu urtheilen, worüber sich der Unterrichter noch nicht ausgesprochen hat [13]).

Hatte der Unterrichter dem primären Antrage des Klägers stattgegeben und eben darum die Würdigung des eventuellen unterlassen, so findet, wenn der Oberrichter auf Appellation des Beklagten den primären Antrag für unbegründet erachtet, Zurückweisung an den Unterrichter bezüglich des eventuellen nicht statt; vielmehr ist sofort darüber vom Oberrichter zu entscheiden [14]). — Ist eine Klage nach gepflogner Verhandlung, wegen Mangels am Klagegrunde [15]) — ohne Würdigung des sonstigen Inhalts der Verhandlungen definitiv oder angebrachtermassen

12) OAGE. vom 8. Okt. 1842 Nr. 328 41/42. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 139 f.

13) Plenarbeschluß des OAG. vom 10. Dez. 1842 (Regbl. von 1843 S. 28—38.) — Bl. f. RA. Bd. III S. 81—5, Bd. IV S. 351.

14) OAGE. vom 30. März 1841 Nr. 172 37/38.

15) Hieher gehören auch Mängel an der Sachlegitimation (Vgl. Bd II S. 141) und diejenigen Mängel, welche nicht beachtet werden, wenn sie der Beklagte nicht (z. B. in der Form der Einreden der Vorausklagung, des SC. Macedonianum, des nicht protokollirten Vertrages) gerügt hat. Vgl. die Motive des angef. PlB. Nr. 6. — S. übrigens Cucumus im Archiv für civ. Praxis Bd. XXVI S. 343 f.

Bayerische Staatsbibliothek München

oder zur Zeit abgewiesen worden [16]), so hat sich der Oberrichter, welcher die über diese Abweisung erhobene Beschwerde für begründet erachtet, nicht auf den Ausspruch „daß die Abweisung nicht stattfinde," zu beschränken, sondern vielmehr auch positiv zu erkennen, was Rechtens. Dieses Erkenntniß hat, ohne Rücksicht darauf, daß der Appellant selbst nur den Ausspruch der Nichtabweisung und im Uebrigen Zurückweisung an den vorigen Richter beantragt hat [17]), alle diejenigen Punkte zu umfassen, auf welche es nach Annahme der rechtlichen Begründung der Klage anzukommen hat; so die etwa erforderliche Bestimmung über Beweislast und Beweissatz, wie die Entscheidung über die vorgebrachten Einreden, Repliken u. s. w. [18]). —

Anders verhält sich die Sache, wenn die Abweisung der Klage nicht wegen Mangels am Klagegrunde geschehen war, sondern „sich als das Ergebniß der Lösung einer „die Sachbitte des Klägers nicht entscheidenden Vorfrage „darstellt," wie dies bei Abweisungen wegen unzulässiger Klagabänderung [19]) oder auf dem Grunde von gerichtsablehnenden, prozeßhindernden und solchen dilatorischen Einreden der Fall ist, welche nicht blos unter

16) Ob sich der Richter der Formel der Klagabweisung, oder jener der Entbindung von der Klage bedient hat, macht keinen Unterschied. Vgl. den angef. Plenarbeschluß mit dem Komment. Bd. III S. 262—4.

17) Motive des angef. PlB. Nr. 8. —

18) Vgl. die angef. Motive Nr. 7. Diese Prüfung des übrigen Akteninhalts kann zu dem Resultate führen, daß nun die ausgesprochene Abweisung aus einem andern Grunde bestätigt wird.

19) Hier wurde die Klage nicht abgewiesen, weil sie als nicht gegründet, sondern weil sie geändert befunden worden. OAGE. vom 13. Febr. 1844 Nr. 744 40/41. Bl. f. RA. Bd. IX. S. 141.

der Form der Einrede einen Mangel am Klaggrunde rügen [20]). Wird die über Klagabweisung dieser Art erhobene Beschwerde für begründet erachtet, so hat sich der Oberrichter auf den Ausspruch der Nichtabweisung zu beschränken, und die Sache zur weiteren Aburtheilung an den vorigen resp. den ersten Richter zu verweisen.

Nach gleichen Grundsätzen ist zu unterscheiden, wenn dieselbe Frage in spätern Stadien des Prozesses, insbesondre im Beweisverfahren vorkommt. Ist nach durchgeführtem Beweisverfahren von dem ersten Richter, z. B. wegen Annahme des Mißlingens der Beweisführung in Ansehung einer von mehrern kopulativ zum Beweis ausgesetzten Thatsachen — die Prüfung in Ansehung der übrigen als überflüssig unterlassen worden, so wird doch durch die Berufung gegen das Endurtheil die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, und es ist, im Falle die dem vorigen Erkenntnisse in Ansehung jenes einzelnen Punktes zu Grunde liegende Ansicht für unrichtig erkannt wird, die Zurückweisung zu weiterem Erkenntnisse über den

20) Vgl. Cucumus a. a. O. §. 6 f. — Hieher gehören z. B. Präjudizialeinreden in dem Bd. II S. 246 Nr. 3 bezeichneten Sinne (nicht bloße Beanstandungen der Sachlegitimation), Einreden der mangelnden Kaution, der unzulässigen Klagenhäufung oder der unrecht gewählten Prozeßart (ausdrücklich vorgebracht oder richterlich supplirt). — Ist auf der andern Seite die Abweisung wegen Mangels am Klaggrunde geschehen, so macht es keinen Unterschied, daß dieser Mangel vom Beklagten unter der Form einer Einrede, z. B. exceptio libelli inepti gerügt war. — Vgl. die angef. Motive Nr. 4—6 mit dem Komment. Bd. II S. 241—2 War die Entbindung des Beklagten von der Klage auf dem Grunde einer einfach peremtorischen Einrede geschehen, so wird durch die Berufung des Klägers die ganze Sache an den Oberrichter devolvirt, mag gleich die Würdigung der Klage resp. des Beweises des Klagegrundes in der Vorinstanz (ungeeigneterweise) unterblieben seyn.

andern Inhalt der Beweisführung unzulässig; vielmehr hat hier der Oberrichter, die Vollständigkeit der Instruktion hinsichtlich aller Punkte vorausgesetzt, über das Ganze zu erkennen. War hingegen die Nichtbeachtung eines Theils der Beweisführung Ergebniß der Beantwortung einer formellen Vorfrage [21]), z. B. der Präklusion wegen Verspätung, so hat der Oberrichter, welcher die Präklusion für nicht gerechtfertiget und das Präkludirte für relevant erachtet, seinen Ausspruch auf Abänderung in diesem Punkte zu beschränken, und die Sache zu (weiterer Instruktion und) nochmaligem Erkenntnisse zurückzuweisen.

Von der Annahme völligen Gelingens oder Mißlingens einer Beweisführung hängt die Erlassung des Definitiverkenntnisses ab. Wenn nun die wegen Auftragung eines nothwendigen Eides erhobene Beschwerde für begründet, und die Sache als reif zu endlichem Erkenntnisse erachtet wird, so ist dieses, ohne daß Zurückweisung stattfände, vom Oberrichter selbst zu erlassen; was auch in denjenigen Fällen gilt, wo die Zuerkennung einer gewissen Summe auf Berechnung oder richterlichem Ermessen beruht.

c) „Auf solche Posten, welche als Nebensachen da„zu [22]) kommen, wie z. B. Früchte, Zinsen, Schäden, „Kosten, Pertinentien und dergleichen," kann der Oberrichter sein Urtheil erstrecken, wenn gleich eine spezielle Beschwerde in diesem Betreffe nicht erhoben wurde.

d) Was mit dem Gegenstande einer eingewandten speziellen Beschwerde so unzertrennlich zusammenhängt, daß es nur in dieser Verbindung die Voraussetzung seines Da-

21) Wozu aber die Prüfung der Glaubwürdigkeit der Zeugen eben so wenig gehört, als die Prüfung der Gültigkeit einer Urkunde oder der Statthaftigkeit einer Eideszuschiebung. Bl. f. RA. Bd. VI S. 16.

22) D. h. zu dem durch die Berufung devolvirten Gegenstande.

seyns hat, wird durch dieselbe gleichfalls Aufgabe der oberrichterlichen Beurtheilung; so die Bestimmung über Modalität der Verbindlichkeitserfüllung durch Beschwerdeführung über das Daseyn der Verbindlichkeit, überhaupt die Verfügungen über die Mittel, wenn die Berufung den Zweck beanstandet.

e) Die Kognition des Oberrichters erstreckt sich auch auf Incidentstreitpunkte, welche sich während des Schwebens der Sache in der höhern Instanz ergeben, und mit dem Gegenstand der Beschwerdeführung zusammenhängen [23]).

II.

Suspensiveffekt [24]).

„In dem nämlichen Maaße" (der eingewandten speziellen Beschwerden) „ist dem Unterrichter die Hand dergestalt gebunden, daß er hierin [25]) weiter nichts mehr „thun kann, sondern den Ausspruch des obern Richters „erwarten muß."

Zur Erläuterung dieser Gesetzstelle dient das im §. 8 Vorgetragene.

Der Suspensiveffekt der Appellation tritt nicht ein

1) bei Berufungen gegen „bloße Provisionalverordnungen in Sachen, welche der Gefahr wegen keinen längern Verzug leiden [26]), besonders aber in **causis possessorii summariissimi et momentanei;**"

23) Z. B. wenn ein Provisorium nöthig wird.

24) Linde im Handb. Bd. V §. 179 f.; Bayer Vorträge zu Martin's Lehrb. §. 276.

25) Gemeinhin wirkt die Suspendirung der Rechtskraft in Ansehung einzelner Streitpunkte, zufolge des Zusammenhangs und der Akteneinsendung, auch den Aufschub des Vollzugs im Uebrigen.

26) Vgl. Komment. Bd. II S. 37.

2) bei Berufungen gegen „Erkenntnisse, wobei es „sich um die richterliche Beseitigung einer besitzstörenden „Selbsthülfe handelt [27]);" indem der darin ausgesprochenen Untersagung fernerer Bethätigung der Eigenmacht ohne Aufschub Folge zu geben ist;

3) „wenn in einem blos das thatsächliche Verhältniß „betreffenden Streite das ergangene Urtheil auf ein vom „Richter als rechtsgiltig [28]) anerkanntes Geständniß oder „auf gerichtlichen, ohne Beiziehung von Sachverständigen „eingenommenen Augenschein, oder auf unbestrittene öffentliche oder anerkannte Privaturkunden [29]), oder auf einen „zugeschobenen oder zurückgeschobenen und abgeleisteten Eid „gegründet ist," jedoch in diesen Fällen nur „unter der „Voraussetzung, daß von Seite des obsiegenden Theiles „Sicherheit geleistet wird, wobei der Richter erster Instanz „über die Art der Kautionsleistung, wenn sie bestritten „wird, ohne Appellation erkennt."

4) bei Berufungen gegen Erkenntnisse in der Exekutionsinstanz, worüber das Nähere oben §. 3 Abth. II S. 26—9 vorgekommen ist;

Ueber die Kompetenz des ersten Richters in Ansehung des Suspensiveffektes s. oben §. 3 S. 57.

III.

Adhäsion und reformatio in pejus [30]).

„Die einmal rechtmäßig eingewandte Appellation kommt

27) In Fällen des interdictum uti possidetis, auch des interd. quod vi aut clam, der operis novi nunciatio.

28) D. h. als vollbeweisend. Vgl. Bd. III S. 209—23.

29) Es handelt sich hier von Urkunden, aus welchen die rechtsbegründende Thatsache geradezu erhellt, nicht erst mittels Schlußfolgerungen ermittelt wird.

30) Martin's Lehrb. §. 291—2 und Bayer's Vorträge dazu. — Linde Handb. Bd. V §. 194 ff.

„auch dem appellatischen Theile so weit zu Gute, daß er „derselben in sämmtlichen durch das gravirende Urtheil „entschiedenen Punkten, welche mit seinen, des Appellaten, „Beschwerden [31]) Konnexion haben, und aus einer Quelle „fließen, sogar nach schon verflossenen Fatalien noch ad- „häriren kann."

Gemäß dieser Vorschrift ist

1) die Appellationsgemeinschaft [32]) und die Befugniß des Oberrichters, den im angefochtenen Urtheile dem Appellaten zugefügten Beschwerden abzuhelfen, durch Beantragung dieser Abhülfe von Seite des Appellaten (ausdrückliche Adhäsion) bedingt.

2) Voraussetzung der Adhäsion ist, daß die Appellation rechtmäßig eingewandt worden; indem mit der formellen Unzulässigkeit der Hauptberufung die Adhäsion als wirkungslos hinwegfällt [33]). Dagegen verliert sie ihre Wirkung nicht, wenn der Appellant auf seine eingewendete Appellation verzichtet.

3) Die Adhäsion ist, wie die Hauptberufung, durch das Daseyn der gesetzlichen Beschwerdesumme (s. oben §. 3 II und unten §. 12) bedingt [34]). Dieselbe ist

4) bei Verwirkung des Rechtsnachtheiles des Ausschlusses binnen 14 beziehungsweise 30 Tagen unerstreck-

31) Ein Appellat, dem die Beschwerdeführung nicht selbstständig zusteht, kann auch nicht adhäriren; z. B. der Beklagte, wenn der Kläger darüber Beschwerde führt, daß die Klage von der Gerichtsschwelle angebrachtermassen abgewiesen worden. S. oben S. 13 Note 31.

32) Vgl. Const. 39 de appell. (7, 62).

33) Novelle von 1837 §. 68 Abs. 3. — Dadurch, daß die Formalien der gegnerischen Berufung — aus unerheblichen Gründen — beanstandet werden, geht des Appellaten Befugniß zu adhäriren nicht verloren. Bl. f. RA. Bd. III S. 255 Nr. 2.

34) Novelle von 1837 §. 68 Abs. 2.

licher Frist, je nachdem für die Berufung im gegebnen Falle die eine oder andre Frist gilt (s. oben §. 6), vom Tage der Zustellung der Berufung an gerechnet, bei dem Gerichte erster Instanz zu übergeben, oder etwa, bei protokollarisch verhandelten Sachen, zu Protokoll zu erklären [35]).

5) Die allgemeine Erklärung, adhäriren zu wollen, ist nicht genug; es müssen die Adhäsionsbeschwerden speziell aufgestellt werden. Was in diesem Betreffe von den Berufungsbeschwerden gesagt wurde, gilt auch für die Adhäsion. — Es ist nicht ausgeschlossen, nur bedingnißweise zu adhäriren, nämlich für den Fall, wenn der Oberrichter eine dem Antrage des Appellanten entsprechende Abänderung des vorigen Urtheils beschließen würde [36]).

6) Adhäsion findet nur in solchen Punkten statt, welche durch das nemliche Urtheil, worüber appellirt wird, entschieden sind; über anderwärts verhandelte oder entschiedne Punkte läßt sich nicht adhäriren.

7) Es sollen keine von den Appellationsbeschwerden getrennte, sondern damit konnexe [37]) Punkte seyn, und zwar dergestalt, daß sie aus demselben Rechtsverhältnisse, aus demselben Vertrage, Geschäfte oder Vergehen fließen [38]).

35) Angef. Novelle §. 68 Abs. 1 vgl. mit §. 67 Abs. 4. Dies gilt sowohl für Berufungen zur zweiten, wie für jene zur dritten Instanz. — Appellationen, welche nach Ablauf der Nothfrist einkamen, sind, sofern auch der Gegner appellirt hat, in den konnexen Punkten als Adhäsion zuzulassen. Bl. f. RA. Bd. III S. 255 Nr. 3.

36) S. oben §. 1 Note 2 und §. 3 S. 25.

37) Nicht Identität, nur Konnexität wird gefordert. — Vgl. v. Stürzer CGB. S. 807.

38) Vgl. die in den Bl. f. RA. Bd. VII S. 398—400 auszugsweise mitgetheilten OAGErkenntnisse. — Betrifft die Appellation nur den Kostenpunkt, so kann über die Hauptsache nicht adhärirt werden. v. Stürzer a. a. O.

Darauf, daß die Adhäsion gerade die nemliche Nummer des Urtheilssatzes betreffe, kommt es nicht an [39]; ebenso wenig darauf, ob etwa von der einen Seite ein Definitiverkenntniß, von der andern ein Zwischenbescheid beantragt wird [40]. Bildet der Ausspruch über die Klagbegründung den Gegenstand der Appellation, so kann sich die Adhäsion auf eine der Klage entgegengesetzte Einrede beziehen [40a]; sofern nicht die Einrede auf einer selbstständigen Gegenforderung, auf einem besondern Geschäfte fußt. — Was die nicht konnexen, z. B. einen andern Forderungsposten betreffenden Punkte betrifft, so „soll Appellat, in so weit er „dießfalls beschwert zu seyn glaubt, seine ordentliche Ap„pellation auf die nemliche Art, wie der Appellant, mithin „auch intra fatalia sub poena desertionis einbringen [41].“

In allen Streitpunkten, worüber weder eine selbstständige Appellation noch zulässige Adhäsion des Appellaten vorliegt, ist eine Abänderung zum Nachtheile des Appellanten (reformatio in pejus), wegen der in Mitte liegenden partiellen Rechtskraft [42], der Regel nach unzulässig [43]. Diese Regel gilt aber nicht, wo es sich

39) Bl. f. RA. a. a. O.

40) Vgl. OAGAkt. Nr. 1419 41/42.

40a) Bl. f. RA. a. a. O. D.

41) Vgl. v. Stürzer CGB. S. 806: „Haben beide Theile selbstständig appellirt, über dieselben, oder über verschiedne Punkte, so ist die eine Appellation von der andern unabhängig; über beide wird jedoch zugleich verhandelt, und in einem Urtheile entschieden.“

42) S. oben Note 2.

43) Diese Rechtskraft äußert ihre Wirkung auf den Fortgang des Prozesses in mannigfacher Weise. Wenn z. B. das Urtheil erster Instanz von den geforderten 600 Gulden nur 150 zuerkannt, gegen diesen Ausspruch nur der Beklagte Beschwerde geführt hat, und nun das Obergericht an die Stelle der Verurtheilung in eine gewisse Summe einen Zwischen-

von einem der Privatwillkühr entzognen, von Amtswegen zu regelnden Punkte handelt. Fehlt es an der Eigenschaft einer Justizsache oder an der Jurisdiktion des ersten Richters für Sachen der fraglichen Art, so muß der Oberrichter die Klage abweisen, wenn gleich über deren Zulassung keine Beschwerde geführt worden [44]). Ein in dem angefochtenen Erkenntnisse vorbehaltenes weiteres Verfahren, dessen unvermeidliche Erfolglosigkeit mit Gewißheit vorliegt, ist ohne Rücksicht auf obige Regel oberrichterlich abzuschneiden [45]). Diese Regel steht gleichfalls nicht im Wege, wenn die Geltendmachung einer Forderung aus einem verbotenen Rechtsverhältnisse oder die Anwendung einer der von Amtswegen zu handhabenden Vorschriften in Frage ist, welche in Betreff des Beweises durch Eid gelten [46]); oder wenn amtliche Fürsorge für den Legitimationspunkt zu bethätigen [47]), oder obrigkeitliche Einschreitung im In-

bescheid setzt, in welchem von einer gewissen Summe nichts vorkommt, so kann doch später nach Erledigung der Anordnungen des Zwischenbescheides der Beklagte nicht über die durch jene Rechtskraft gesetzte Gränze, d. h. nicht in mehr als 150 fl. verurtheilt werden.

44) Seuffert in v. Zurhein's Jahrb. Heft 2 S. 306. — Ist eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. über Interdiktion wegen Verschwendung, ungeeignet als Civilprozeßsache behandelt worden, so hat der Oberrichter von Amtswegen das Verfahren aufzuheben, und die Einleitung sachgemäßer Behandlung anzuordnen. OAGAkt. Nr. 717 42/43.

45) Bl. f. RA. Bd. VI S. 47—8; Bd. VIII S. 139 Note 1.

46) OAGAkt. Nr. 726 37/38. Vgl. Komment. Bd. III S. 280, 289, 294 f. — Ueber das in Folge einer solchen Abänderung zu erlassende Definitiverkenntniß — s. oben S. 101.

47) Wo es sich davon handelt, einem Verfahren ein Ende zu machen, welches jedenfalls eine Kette von Nichtigkeiten seyn würde, ist das Verbot der reformatio in pejus kein Hinderniß.

teresse der öffentlichen Ordnung nothwendig ist [48]). — Uebrigens ist eine Abänderung des vorigen Urtheils darum, weil sie von der in der Berufungsschrift beantragten abweicht, noch nicht als **reformatio in pejus** anzusehen; so wenn der Appellant ein Definitiverkenntniß zu seinen Gunsten beantragt hat, und der Oberrichter andre Thatsachen zum Beweise aussetzt, als der vorige Richter in dem angefochtenen Interlokute [49]); oder wenn auf Beschwerdeführung über eine kopulative Beweisauflage, statt der beantragten alternativen Fassung, die Beweisauflage auf eine der mehrern Thatsachen beschränkt wird [50]); oder wenn dem Appellanten, welcher definitive Zuerkennung verlangt, statt des als Wahrheitseid aufgelegten Haupteides der Reinigungseid in der Glaubensform aufgetragen wird [51]). Hat Appellant gegen das unterrichterliche Interlokut Beschwerde führend, Verurtheilung des Appellaten in den ganzen Betrag der Klagsumme verlangt, so ist es gleichfalls keine **reformatio in pejus**, wenn der Oberrichter nun den Beklagten, indem er ihn in einen Theil der Klagsumme verurtheilt, in Ansehung des andern von der Klage entbindet; da sich ja der Unterrichter noch nicht darüber ausgesprochen hatte, ob das Gelingen der von ihm auf-

48) Vgl. Mittermaier im Archiv für civ. Praxis Bd. VII S. 97 f.

49) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 53 f. Solche Abänderungen sind besonders in Fällen unbedenklich, wo der appellirende Kläger wegen Mangelhaftigkeit der Klagbegründung angebrachtermassen hätte abgewiesen werden sollen, und der Oberrichter nur durch die Unzulässigkeit der reform. in pejus abgehalten wird, diese Abweisung seinerseits auszusprechen. — Offenbar ungereimte oder solche Beweisauflagen, welche Verwirrung im Fortlaufe des Prozesses zur Folge haben müssen, darf der Oberrichter auf keinen Fall stehen lassen.

50) Bl. f. RA. Bd. I S. 190.

51) Bl. f. RA. Bd. V S. 79.

getragenen Beweisführung völlige oder nur partielle Verurtheilung des Beklagten zur Folge haben solle [52]).

§. 10.

Von Renuncirung auf die Appellation [1]).

Appellation ist Ausübung eines Rechtes, auf welches der Berechtigte verzichten kann. Die Verzichtleistung auf das Berufungsrecht kann schon bei Begründung des Rechtsverhältnisses [2]), überhaupt vor oder im Laufe des Prozesses, insbesondre nach Verkündung des Urtheils, von dessen Wirksamkeit es sich handelt, sowohl ausdrücklich als stillschweigend erklärt werden. „Für eine stillschweigende „Renunciation soll unter andern auch gehalten werden, „wenn derjenige, welchem der Beweis auferlegt wird, ohne „Protestation oder Reservation entweder die Beweisartikel" (überhaupt die Beweisantretung) „übergiebt, oder um „Verlängerung des termini probatorii bittet [3])." — Wenn die Beweisantretung oder das Fristverlängerungs-

52) Mittermaier a. a. O. S. 99. — Wo freilich das angefochtene Interlokut die im Urtheilssatze oder den Motiven ausgesprochene Voraussetzung enthält, daß die Klage nach dem ganzen Betrage für rechtlich begründet zu achten, da muß auch der Oberrichter, wenn der Beklagte keine Beschwerde geführt, diese Voraussetzung seinem Urtheile zu Grunde legen; so daß hier die partielle Entbindung des Beklagten gegen das Verbot der reformatio in pejus verstoßen würde.

1) Linde Handb. Bd. V §. 200.

2) Bl. f. RA. Bd. V S. 80. — Vgl. OAGAkt. Nr. 935 29/30.

3) Andre Fälle stillschweigenden Verzichtes s. in den Anmerk. zu diesem §en lit. b. — Begehung eines Attentates hat die Annahme stillschweigenden Verzichtes nicht zur Folge. Vgl. Anmerk. zum §. 8 lit. i. — Einreichung eines Gesuches um Restitution gegen die Sentenz enthält allerdings die faktische Erklärung, gegen diese Sentenz nicht appelliren zu wollen.

gesuch erst nach Mittheilung der gegnerischen Berufung eingereicht wird, so ist nun auch die Adhäsion ausgeschlossen [4]).

Nach geschehener Uebergabe der Appellationsschrift kann die Zurücknahme des nun gemeinschaftlich gewordenen Rechtsmittels von Seite des Appellanten — den Appellaten und betheiligten Dritten an Ausübung der bereits erworbenen Adhäsionsbefugniß nicht mehr verhindern [5]).

§. 11.

Von der Appellationssentenz.

„Bei der Entscheidung des Appellationsprozesses soll „der Richter

„1) die **formalia appellationis** sowohl bei dieser als „der vorigen Instanz untersuchen, und wenn ein offen„barer Mangel daran befunden wird, die **causam** mit „Uebergehung der Hauptsache von Amtswegen sogleich „**pro deserta vel non devoluta** erkennen."

Unter den Förmlichkeiten [1]) der Berufung sind hier das Daseyn einer appellablen Entscheidung, das Vor-

4) An und für sich wird die Adhäsion weder durch ausdrückliche noch stillschweigende Verzichtleistung auf die Appellation ausgeschlossen. Wer z. B. um Exekution des Urtheils anruft, oder den aufgelegten Beweis antritt, „thut es in „der Voraussetzung, daß das Urtheil nicht weiter Gegen„stand einer Appellationsverhandlung werden soll. Sobald „durch die Appellation des Gegners diese Voraussetzung auf„aufgehoben ist, ... ist die Lage seiner Rechtssache eine „ganz andre geworden." Linde im Handb. Bd. V S. 251; Bl. f. RA. Bd. II S. 172, Bd. III S. 255; vgl. OAGAkt. Nr. 118 35/36, Nr. 1296 37/38, Nr. 1447 37/38 und Nr. 1334 37/38. v. Stürzer CGV. S. 807.

5) Nov. v. 1837 §. 68 Abs. 4.

1) Sowohl die Prüfung der Berufungszuläßigkeit als des Da-

handenseyn der Berufungssumme und die Einhaltung der Nothfrist verstanden. Die Erwägung, ob der Gegenstand der Entscheidung eine Justizsache, insbesondre eine Civilprozeßsache [2]), und ob kein Mangel der Jurisdiktion und Kompetenz vorhanden sey, ist keine Besonderheit der Berufungsinstanz, sondern kommt bei jedem Akte richterlicher Thätigkeit vor.

Auch die Förmlichkeiten der vorigen Instanz sind zu untersuchen; dies bezieht sich auf Entscheidungen in der Revisions- (Oberberufungs-) Instanz, wovon unten zum §. 12 das Nähere vorkommen wird.

Bei obwaltenden Zweifeln über das Daseyn der Summe oder die Einhaltung der Nothfrist sind von Amtswegen die zur Feststellung der Thatsache geeigneten Erhebungen zu pflegen. Wird auch durch diese keine Gewißheit erzielt, so ist das Rechtsmittel zuzulassen und in der Hauptsache zu sprechen.

Die Prüfung hat zuerst die Appellabilität der angefochtenen Entscheidung (Berufungszulässigkeit im Sinne des §. 51 resp. 54 der Novelle von 1837), hiernächst das Daseyn der Berufungssumme, und darauf die Einhaltung

seyns der Berufungssumme (weil diese sich nach dem Beschwerdegegenstande richtet und alles nicht mehr Streitige außer Berechnung bleibt, s. oben S. 37) ist durch Hinblick auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung und eingewandten Beschwerden bedingt. Auch bei der Beantwortung der Frage, ob die Nothfrist eingehalten oder nicht, ist ein solcher Hinblick mitunter nicht zu vermeiden; z. B. wenn Zweifel darüber obwalten, ob es sich von einem Erkenntnisse im Exekutionsverfahren handle. — Der Ausdruck Förmlichkeit wird hier in einem technischen, uneigentlichen Sinne gebraucht.

2) Von Fällen, wo der Unterrichter eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit ungeeignet als Civilprozeßsache behandelt hatte — s. oben §. 9 S. 107 Note 44.

der Nothfrist ins Auge zu fassen [3]). Fehlt es an der Appellabilität, so kommt es nicht auf die beiden andern Momente, fehlt es an der Summe, so kommt es nicht auf die Rechtzeitigkeit an. Wenn jedoch über das Vorhandenseyn der Berufungssumme noch weitere Nachforschungen erforderlich wären, hingegen die Nichteinhaltung der Nothfrist in die Augen springt, so ist die Berufung als desert ohne weiteres zurückzuweisen, hiebei aber der Zweifelhaftigkeit der Berufungssumme in den Motiven Erwähnung zu thun [4]).

Da Desertionserkenntnisse erfolgen, ohne daß der Appellant über die Thatsache der Versäumniß gehört worden [5]), so können dieselben, wenn im Wege der Remonstration das Nichtseyn dieser Thatsache gezeigt wird, von demselben Richter zurückgenommen werden [5a]).

2) Ist in der Hauptsache selbst zu sprechen, so wird „dem rechtlichen Befund nach [6]) die sententia a qua

3) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 158. Vgl. OAGAkt. Nr. 1124 39/40.

4) Um im Falle der Anfechtung des Desertionserkenntnisses im Wege der Remonstration oder Restitution auf die Frage der Berufungssumme zurückkommen zu können.

5) Ist eine Erhebung darüber gepflogen, und hiebei der Appellant gehört worden, so kommt obiger Satz nicht zur Anwendung.

5a) Bl. f. RA. Bd. VI S. 72, Bd. VII S. 289. Vgl. Komment. Bd. III S. 243—4. Da übrigens obiger Lehrsatz zur Zeit die Gewähr einer allgemeinen Praxis nicht für sich hat, so ist jedem Anwalt anzurathen, vorsorglich nebst der Remonstration auch die Appellation, wo sie zulässig, oder die Restitution rechtzeitig zu ergreifen.

6) Wie er sich aus den Verhandlungen dieser und der vorigen Instanzen darstellt. In Ansehung der in den höhern Instanzen vorkommenden bessern Erklärung und Ausführung des früher Verhandelten — s. oben S. 74 Note 60 und Arg. §. 19, 21 der Nov. von 1837.

„qua entweder zum Theile oder ganz bestätiget, reformirt „oder erklärt.“

Wie die Befugniß des Oberrichters, zu reformiren, durch den Umfang der erhobenen Beschwerden und das Verbot der ref. in pejus begränzt sey, ist in §. 9 erörtert worden. Im Zweifel, ob eine der Sachlage angemessene abändernde Entscheidung innerhalb oder außer dieser Gränze liege, ist der Ausschlag für deren Statthaftigkeit zu geben, indem es das Gesetz als leitenden Grundsatz aufstellt, daß der Oberrichter sein Urtheil dem rechtlichen Befund nach spreche. Ob sich die erhobene Beschwerde aus den in der Berufungsschrift vorgetragnen, oder aus andern aktenmäßigen Gründen [7]) rechtfertigt, macht keinen Unterschied. Nur auf diejenigen Klagfundamente, Einreden u. s. w. darf der Oberrichter keine Rücksicht nehmen, welche in dem beschwerenden Erkenntnisse geprüft und verworfen, und in der höhern Instanz nicht weiter geltend gemacht sind. — Zu Modifikationen des vorigen Urtheils, welche sich zur Berichtigung eines Versehens im Ausdruck, zur Aufhellung von Dunkelheiten, zur Beseitigung von Mißverständnissen und Verwirrungen als nothwendig darstellen, ist der Oberrichter unbedingt befugt. Er darf es nicht geschehen lassen, daß sich, in Folge eines ungeschickt abgefaßten unterrichterlichen Interlokutes ein krankhaftes Ver-

7) Z. B. aus nicht vorgebrachten Einreden, welche sich nach GO. VI §. 9 zur Supplirung eignen. Man kann nicht sagen, daß der Oberrichter die Einrede deßwegen nicht suppliren dürfe, weil Appellant über die Nichtsupplirung von Seite des Unterrichters keine Beschwerde geführt hat, und die Kognition des Oberrichters durch das Maß der eingewandten Beschwerden beschränkt sey. Nicht von einer unterlassenen Beschwerde handelt es sich, sondern nur von Unterlassung der Aufstellung eines Beschwerdegrundes, indem ja vorausgesetzt wird, daß die zu supplirende Einrede dazu diene, eine wirklich erhobene Beschwerde zu rechtfertigen.

fahren in unvermeidlichen Schwierigkeiten und Verwicklungen fortschleppe. — Nach dem rechtlichen Befunde hat der Oberrichter zu erkennen, ohne daß ihm zur Pflicht gemacht wäre, sich außer der Beachtung der Devolutions-Gränzen (§. 9), auch in der Art und Weise der zu gewährenden Abhülfe durch die Anträge des Appellanten beengen zu lassen [8]).

Die Urtheilsform der „Bestätigung" ist in denjenigen Fällen ungeeignet, in welchen der Oberrichter zu dem Resultate kommt, daß zwar das angefochtene Urtheil den Rechten nicht gemäß, aber nicht der Appellant beschwert sey [9]). Hier hat man sich der Formel der „Abweisung der Beschwerde" zu bedienen, welche auch bei grundlosen Extrajudizialbeschwerden [10]) und da gebraucht wird, wo die Zurückweisung wegen Mangels der Appellabilität oder Berufungssumme, oder wegen Versäumniß der Nothfrist geschieht.

3) Die „Rechte, Gewohnheiten und Freiheiten," welche nach den Vorschriften der GO. XIV §. 7 Nr. 7 und den in Bd. I S. 232—63 erörterten Grundsätzen für das in Frage befindliche Rechtsverhältniß gelten, hat auch das Obergericht in Anwendung zu bringen; auf die am Sitze desselben bestehenden materiellen Gesetze kommt es nicht an. Hat der Unterrichter nach einer unrechten Gesetzgebung geurtheilt, und legen auch beide Partheien dieselbe ihren Ausführungen zu Grunde, so darf sich der Oberrichter dadurch nicht abhalten lassen, die seiner Ansicht nach für das vorliegende Rechtsverhältniß zur Richtschnur dienenden Ge-

8) S. oben S. 96 Note 8, und S. 108 Note 49.

9) Hätte die Klage definitiv abgewiesen werden sollen, so ist der Kläger durch das Interlokut, es mag lauten wie es will, nicht beschwert.

10) Bei solchen sollte man sich der Urtheils-Form nicht bedienen; indem Eintritt von Rechtskraft hier nicht stattfindet.

setze in Anwendung zu bringen. Nur in solchen Fällen, wo die über die anzuwendende Gesetzgebung obwaltenden Zweifel keine befriedigende Lösung finden, ist es angemessen, nach derjenigen zu urtheilen, welche sämmtliche Interessenten als die zur Richtschnur dienende anerkennen.

4) „Wird mit der Verfassung der Appellationssentenz „ebenso, wie mit der sententia a qua verfahren." Vgl. Komment. Bd. III S. 354—68.

5) Nach erfolgtem Appellationsbescheide sind sämmt„liche Akten mit dem Erkenntnisse an das nächste judicium „a quo, und von dort allenfalls weiter an die erste In„stanz zu remittiren. Die Publikation des Appella„tionsbescheides ist ebenfalls in 1ma instantia vorzunehmen [11])."

6) Wenn sich die Appellation als muthwillig, als Mittel rechtswidrigen Sachverschleifs darstellt, „so soll „weder die appellirende Parthei selbst, noch der dabei ge„brauchte Advokat dießfalls ungestraft bleiben [12])." Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß, wenn auch die Parthei gestraft werden soll, eine Schuld derselben vorliege. Ergiebt sich der Muthwille nur aus dem offenbaren Widerstreite mit positiven Gesetzen, so kann wohl meistens die rechtsunkundige Parthei kein Vorwurf treffen. Auch ist zu erwägen, daß in vielen Fällen der Advokat ein Rechtsmittel ergreift, ohne nur mit der Parthei darüber Rücksprache zu nehmen. — Für Bestrafungen der Advokaten wegen muthwilliger Appellation, welche nach Vorschrift der hier ins

11) Der Zusatz der GO.: „außer in casu reformatoriae sententiae, in welchem Falle es in des höhern Richters Ermessen steht, ob er seinen Bescheid selbst publiziren wolle, oder nicht" gilt nicht mehr. Resk. vom 17. Juni 1821 (Moritz Nov. IV S. 199).

12) In Ansehung der Bestrafung des Advokaten vgl. die Disziplinarvorschriften von 1813 Nr. 10. — S. Komment. Bd. I S. 278, 284.

Auge gefaßten Stelle der GO. verhängt werden, kommen die in Bd. I S. 287 vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung.

Eine spezielle Vorschrift [13]) enthält die Novelle von 1837 §. 65:

„Berufungen, welche wider die Vorschriften der §§. 54, „57 und 64 ergriffen, und deßhalb abgewiesen wer„den, sind, nebst der Verurtheilung des Appellanten „in die Kosten mit einer Geldstrafe von 10—50 fl. „zu ahnden.“

Dieser Bestimmung zufolge wird

a) bei einer gegen die Vorschriften der §§. 54, 57 und 64 des neuesten Prozeßgesetzes ergriffenen [14]) Appellation vermuthet, daß ihr strafbarer Muthwille zu Grunde liege. Die gesetzliche Vermuthung tritt aber — zufolge der bei der ständischen Berathung des Gesetzes von dem kgl. Justizminister gegebnen Erläuterung [15]) — in den Hintergrund und die Anwendung der in §. 65 gedrohten Strafe fällt weg, wenn die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit, beziehungsweise die Rechtzeitigkeit oder Desertion der Appellation im gegebnen Falle sich als zweifelhaft dar-

13) Auf alle Fälle, die nicht unter diese spezielle Vorschrift passen, sind die Bestimmungen der GO. und der Disziplinarverordnung von 1813 Nr. 10 die auch noch heutzutage geltende Norm. — Verspätung der Adhäsion gegen die Vorschrift des §. 68 der Novelle fällt nicht unter die Strafbestimmung des §. 65 Abs. 2.

14) Wurde die unzuläßige Berufung in Verbindung mit einer zuläßigen ergriffen, so ist der Fall des Gesetzes nicht gegeben. Die Appellation im Ganzen ist hier nicht gegen die gesetzlichen Vorschriften ergriffen. (Die Praxis des OAG. hierüber ist ungleichförmig).

15) Verh. der K. d. Abg. Bd. XX S. 270—77. Bl. f. RA. Bd. VI S. 34.

stellt [16]), oder wenn es offenbar oder auch nur wahrscheinlich ist, daß die Berufung gegen die Bestimmungen der §§. **54**, **57** resp. **64** bloß aus entschuldbarem Irrthum eingewendet worden [17]).

b) Da es sich von einer Strafe handelt, so hat die Verhängung gegen den schuldigen Theil zu geschehen [18]). Als solcher ist, wo die Partei durch einen Anwalt vertreten wird, in der Regel dieser zu betrachten; denn des rechtskundigen Beistands Sache ist es, die gesetzlichen Appellationserfordernisse zu beachten und einzuhalten, und zu Ergreifung unzulässiger Rechtsmittel nicht die Hand zu bieten. Wenn jedoch vorliegt, daß die Schuld, z. B. der Verspätung der Appellation die Parthei trifft, indem die Berufungsschrift von dem Anwalt seinem Klienten zum Zwecke der unverweilten Einreichung noch rechtzeitig übergeben war, so hat man die Strafe gegen den Klienten, nicht gegen den Anwalt auszusprechen [19]). Wo Beide, Klient und Anwalt, als schuldig erkannt werden, scheint auch Verhängung der Strafe gegen Beide im Sinne

16) Es sollte nie auf die Strafe erkannt werden, wenn im Kollegium über die Frage der Unstatthaftigkeit der Appellation Verschiedenheit der Stimmen stattfindet.

17) So insbesondre in Fällen, wo sich der Mangel der Berufungssumme erst durch Schätzung herausgestellt hat; oder wo die rechtsunkundige Parthei ihre Berufung zu Protokoll gab, ohne vom Richter über die Unzulässigkeit und die Strafandrohung des §. **65** belehrt zu werden. OAGAkt. Nr. **1116** **41/42**. — In der Rechtssache Nr. **395** **42/43** hat das OAG. angenommen, daß die in §. **65** gedrohte Strafe gegen Armen-Anwälte nicht zu verhängen sey. Eben so in Nr. **1657** **41/42**.

18) Plenarbeschluß des OAG. vom **25**. Jänner **1844** Regbl. S. **113** (Motive Nr. 3); Bl. f. RA. Bd. VIII S. **277**.

19) Motive des angef. OAGPlB. Nr. 4. — Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. **35—6**; Bd. VII S. **300**; Bd. VIII S. **113**, **205**, **277**.

der gesetzlichen Vorschrift zu liegen [20]). Der oberste Gerichtshof hat jedoch in dem Plenarbeschlusse vom **25.** Jänner **1844** die Ansicht ausgesprochen, daß die im §. **65** gedrohte Strafe, wenn sie gegen die Parthei verhängt wird, nicht zugleich den Anwalt treffen könne. Indessen ist es dadurch nicht ausgeschlossen, gegen den Anwalt in solchem Falle, wegen bezeigten strafbaren Muthwillens, in Anwendung der Vorschriften der Gerichtsordnung und der Disziplinarvorschriften von **1813**, strafend einzuschreiten.

c) Bei Abweisung von Extrajudizialbeschwerden kommt der §. **65** Abs. **2** nicht zur Anwendung. Es kann jedoch der Vollzug dieser Strafandrohung nicht dadurch umgangen werden, daß die unzulässige oder verspätete Berufung als Extrajudizialbeschwerde, Nichtigkeitsquerel, Beschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz rubrizirt wird [21]).

d) Die Verhängung der in §. **65** gedrohten Strafe gegen einen Anwalt ist, bei Ueberschreitung des Betrags von **10** fl., durch Abforderung einer Verantwortung nicht bedingt [22]).

e) Gegen Verhängung der in §. **65** gedrohten Strafe von Seite eines Gerichts zweiter Instanz findet Rekurs an den obersten Gerichtshof statt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob in der Hauptsache selbst Beschwerde erhoben wird resp. erhoben werden kann [23]). Uebrigens kann die ohne vorgängige Verantwortung erkannte Strafe auch von dem Gerichte, welches sie verhängte, auf Remonstration zurückgenommen werden.

---

20) Bl. f. RA. Bd. VIII S. **205**.

21) Bl. f. RA. Bd. VIII S. **240**.

22) Die oberstrichterliche Praxis ist in Ansehung dieser Frage ungleichförmig.

23) Vgl. OAGE. vom **18.** Okt. **1842** Nr. **985 39/40** und vom **25.** Sept. **1843** Nr. **1136 42/43.** Bl. f. RA. Bd. VI S. **35**.

7) Ein obsiegliches Appellationserkenntniß soll sowohl dem Appellanten als allen übrigen nicht appellirenden Streitgenossen, welche sich der Appellation nicht ausdrücklich begeben haben, soweit zu Gute kommen, als sie eine untheilbare oder wenigstens gemeinschaftliche Sache haben, und zwar im letzten Falle gleiche [24]), oder noch stärkere [25]) Gründe für sich haben. — Was aber Streitgenossen andrer Art oder dritte Personen betrifft, so gelten über die Erstreckung der Wirksamkeit eines Appellations-Erkenntnisses auf dieselben die zu Kap. **XIV** §. **11** in Bd. **III** S. **380**—**3** vorgetragnen Grundsätze.

Ueber die Frage, ob ein auf die gegnerische Adhäsion zum Nachtheile des Appellanten abänderndes Erkenntniß auch den Streitgenossen desselben, welche nicht mit appellirten, zum Schaden gereiche, — hat sich die Gerichtsordnung nicht ausgesprochen. Nach der allgemeinen Rechtsregel:

„alienam conditionem meliorem quidem etiam „ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem „non posse" [26]) —

ist die Frage zu verneinen [27]).

24) Wenn der eine Streitgenosse einen zuerkannten Eid geleistet, der andre denselben refusirt hat, und nun Jener in der Berufungsinstanz wegen des von ihm geleisteten Eides obsiegt, so kommt dies dem andern Streitgenossen nicht zu Gute.

25) Z. B. außer dem Rechtsgrunde, welcher dem Appellanten zum Sieg verholfen, noch ein besonderes Versprechen des Gegners.

26) Fr. 39 de neg. gestis (3, 5); Fr. 74 de reg. jur.

27) v. Stürzer CRV. S. 812.

§. 12.

Von der Revision.

„Zwischen der Appellation und Revision (Berufung „von der zweiten zur dritten Instanz, Oberberufung) soll „wie bisher, also auch noch ferner kein Unterschied, son„dern sowohl der Fatalien wegen, als sonst allenthalben „eine durchgängige Gleichheit seyn [1]."

Da die Revision nur eine Art der Berufung ist, so kommen natürlich die von Berufungen überhaupt geltenden Rechtssätze (§§. 1—11) auch bei ihr zur Anwendung. Indessen giebt es für diese Art der Berufung, nach neueren Gesetzen, auch besondre Bestimmungen, und in manchen Beziehungen entstehen über die Anwendung der allgemeinen Grundsätze eigenthümliche Zweifelsfragen.

I.

Unterschied der Revision von der Appellation gegen ein obergerichtliches Urtheil erster Instanz.

Wenn das Obergericht eine Berufung wegen Mangels in den Berufungsförmlichkeiten zurückgewiesen hat, und gegen diese Zurückweisung Beschwerde, an den obersten Gerichtshof geführt wird, so ist dies Berufung, nicht Revision (Oberberufung) [2]. Ueber das Daseyn der Berufungssumme in Bezug auf die gegen das Untergericht bei dem Obergerichte geführte Beschwerde, über die Einhaltung der Nothfrist bei der Berufung von jenem an dieses — hatte das Untergericht keine Kognition, der Oberrichter erkennt

1) Nach gemeinem Rechte ist die Revision ein ordentliches Rechtsmittel ohne Devolutivkraft. S. Martin's Lehrbuch §. 275 not. d und §. 293, und Bayers Vorträge zu diesen §en.

2) Wegen der Verschiedenheit der Berufungs- und Revisions-Summe ist dieser Gegensatz bedeutungsvoll.

darüber in erster Instanz. Wenn nun gegen den oberrichterlichen Ausspruch in solchem Betreffe ein ordentliches Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof ergriffen wird, so wird dieser nicht als dritte Instanz angegangen [3]). Eben so verhält es sich, wenn der Oberrichter eine Berufung auf dem Grunde des §. 51 der Novelle von 1837 als unzulässig zurückweis't. Zwar liegt es schon in der Kompetenz des Unterrichters, die Zulässigkeitsfrage zu prüfen und die Zurückweisung wegen Unzulässigkeit auszusprechen [4]). Wenn aber der Unterrichter einen solchen Ausspruch nicht erlassen, sondern nach gepflogner Instruktion die Akten vorgelegt hat, so urtheilt der Oberrichter über die bezeichnete Vorfrage in erster Instanz, und eine Beschwerdeführung dagegen an den obersten Gerichtshof, so weit sie zulässig (S. 56), ist nicht Revision. — Von ganz andrer Beschaffenheit ist der Fall, wenn der Oberrichter in einer vom Unterrichter ohne Beanstandung seiner Jurisdiktion oder der Eigenschaft einer Justizsache materiell beurtheilten Streitsache auf ergriffene Berufung ausspricht, die Klage sey, weil keine Justizsache oder weil ein Jurisdictionsmangel vorhanden, hierorts abzuweisen. Dieser Ausspruch ist in zweiter Instanz ergangen. Denn der Unterrichter hat, indem er die Sache materiell beurtheilte, sich faktisch auch über jene Vorbedingungen der materiellen Beurtheilung ausgesprochen; nämlich die Sache für eine Justizsache und zu seiner Jurisdiktion gehörig erklärt. Wenn nun über die vom Obergerichte erkannte Abweisung bei dem obersten

3) Vgl. den Plenarbeschluß vom 13. Dez. 1838 (Regbl. 1839 S. 7—14).

4) Wenn er nämlich die Unzulässigkeit für zweifellos erachtet. In Fällen, in welchen er die Sache für zweifelhaft, oder die Zulässigkeit für unbedenklich hält, hat er sich eines Ausspruchs über diese Frage zu enthalten, und die Entscheidung dem Oberrichter anheimzustellen.

Gerichtshof Beschwerde geführt wird, so ist dies Revision [5]).

Revision suchen kann sowohl der Appellant, wenn seine in zweiter Instanz geführten Beschwerden keinen oder nicht vollständigen Erfolg oder gar auf Adhäsion des Gegners eine Verschlimmerung zur Folge hatten; als auch der Appellat, wenn vom zweiten Richter zu seinem Nachtheil reformirt, oder seinen Adhäsionsbeschwerden nicht oder nicht vollständig entsprochen worden. Wegen Verletzungen durch das erstrichterliche Urtheil, über welche in zweiter Instanz nicht Beschwerde geführt war, findet Abhülfe im Wege der Revision nicht statt [6]).

II.

Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der beiden ersten Urtheile.

Sowohl in Betreff der Revisionszulässigkeit als der Revisionssumme ist der Umstand von Einfluß, ob die Urtheile der beiden ersten Instanzen übereinstimmen oder von einander abweichen. Hierüber gelten folgende allgemeine Grundsätze [7]):

a) die Frage, ob die vorigen Urtheile übereinstimmen

5) Bl. f. RA. Bd. V S. 47 Nr. 7.

6) Vgl. OAGAkt. Nr. 987 39/40. Vorausgesetzt, daß Revident zur zweiten Instanz Beschwerde führen konnte, was nicht der Fall, wenn das erste Urtheil im Resultate ihn nicht beschwerte. S. oben S. 25; OAGAkt. 1640 41/42. Verbesserungen der Urtheilsfassung, zur Abschneidung von Mißverständnissen und Verwirrungen, kann der oberste Richter vornehmen, wenn sie gleich nicht schon in zweiter Instanz beantragt waren. Was überhaupt ein jeder Richter von Amtswegen zu beachten und zu bewerkstelligen hat, hängt auch in der dritten Instanz nicht von rechtzeitiger Anregung durch die Partheien ab. S. oben S. 107.

7) Heise und Cropp jurist. Abh. Bd. II S. 183 ff.

oder von einander abweichen, setzt voraus, daß von beiden Vorinstanzen über den fraglichen Streitgegenstand wirklich erkannt worden. Dieselbe kann gar nicht vorkommen in Ansehung einer Entscheidungsaufgabe, von welcher vorliegt, daß sie von einem der beiden Gerichte übersehen worden ist. — Dagegen ist kein Unterschied zwischen einer ausdrücklich und einer stillschweigend (faktisch, implicite) erklärten Entscheidung [8]), und eine Entscheidung liegt auch in dem Beschlusse, daß es auf einen gewissen Punkt nicht ankomme.

b) Der Gegensatz der gleichförmigen und ungleichförmigen Urtheile bezieht sich auf das Verhältniß zwischen einem in erster, und dem andern in der Berufungs-Instanz ergangenen Erkenntnisse. Wurde das Urtheil erster Instanz bei dem Obergerichte als (unheilbar) nichtig angefochten, diese Nichtigkeitsklage aber abgewiesen, so kann gleichwohl von Gleichförmigkeit der beiden Urtheile nicht gesprochen werden [9]).

c) Nicht darauf kommt es an, ob der Berufungs-Richter sein Urtheil als ein bestätigendes resp. abänderndes bezeichnet hat, sondern darauf, ob der Inhalt des zweitrichterlichen Erkenntnisses zu dem erstrichterlichen in dem Verhältnisse der Bestätigung oder Abänderung stehe. Wenn es in dem oberrichterlichen Erkenntnisse heißt:

„das vorige Urtheil wird dahin bestätigt, daß Kläger nebst den darin zum Beweise ausgesetzten Thatsachen A und B auch noch die Thatsache C zu beweisen habe."

so ist, des Ausdrucks Bestätigung ungeachtet ein un-

8) Von stillschweigender Verwerfung der Einreden s. Bd. III S. 356—57. — Wenn der Richter 500 zuerkennt, während Kläger 1000 gefordert hat, so sind die andern 500 stillschweigend aberkannt.

9) Vgl. OAGAkt. Nr. 1396 38/39.

gleichförmiges Urtheil zweiter Instanz ergangen. Wenn aber der Oberrichter nur mit andern Worten ganz dasselbe verfügt, was im ersten Urtheile enthalten ist, so ist Gleichförmigkeit vorhanden, mag gleich in dem Urtheil zweiter Instanz die blos in der Fassung vorgenommene Modifikation ausdrücklich „Abänderung" getauft seyn.

d) Wurde die Berufung vom Oberrichter aus formellen Gründen zurückgewiesen, so kann von Gleichförmigkeit der Erkenntnisse nicht gesprochen werden. Vielmehr hat hier der Oberrichter über die Berufungsförmlichkeiten in erster Instanz erkannt [10]).

e) Die Frage, ob die beiden Urtheile für gleichförmig oder ungleichförmig zu achten, bestimmt sich nach dem in dem Urtheilssatze ausgesprochenen Resultate, nicht nach den Erwägungen, aus welchen dieses Resultat hervorgieng [11]). Wenn eine Klage in erster Instanz wegen Mangels der Begründung abgewiesen, und diese Abweisung in zweiter Instanz auf dem Grunde einer Einrede bestätigt wurde, so ist Gleichförmigkeit der Erkenntnisse vorhanden. Nur wo die beiden Gerichte ganz verschiedne Wirkungen beabsichtigen, kann dies nicht angenommen werden; z. B. wenn die erste Instanz wegen Mangelhaftigkeit der Legitimation, die zweite wegen Mangels der Jurisdiktion abgewiesen hat. In der That ist hier der Inhalt des zweiten Urtheils von dem des ersten wesentlich verschieden; daß der Oberrichter den Ausdruck „Bestätigung" brauchte, ist unerheblich.

Auf der andern Seite wird, bei vorhandner Ungleichheit des Resultates, das Gericht dritter Instanz durch die Uebereinstimmung der beiden ersten Instanzen in Beur-

10) S. oben S. 121.

11) Daher kommt es auch nicht darauf an, daß etwa in der Berufungsinstanz Nova zu berücksichtigen waren.

theilung einzelner Prämissen nicht gehindert, diese in wiederholte Erwägung zu ziehen [12]).

f) Unsre Gesetze beschränken die Revision bei gleichlautenden Erkenntnissen [13]), oder, wie der §. 54 der Novelle von 1837 sagt, bei zwei in der Hauptsache gleichförmigen Erkenntnissen [14]); sie sagen nicht bei gleichförmiger Entscheidung einzelner Streitpunkte oder über bestimmte Theile des Streitgegenstandes. Daher ist bei Beantwortung der Frage, ob gleichförmige oder ungleichförmige Erkenntnisse der Vorinstanzen vorliegen, der Inhalt eines jeden der beiden Urtheile, soweit darüber an den obersten Gerichtshof Beschwerde geführt wird, als ein Ganzes aufzufassen, und die Ungleichförmigkeit überall anzunehmen, wo dieselben (abgesehen von dem Kostenpunkte) auch nur in einem der in der Beschwerdeführung begriffenen Punkte, oder auch nur über einen Theil des Beschwerdegegenstandes von einander abweichen [15]). Es geht nicht an, die Zulässigkeit der Beschwerdeführung über einzelne Beschwerdepunkte oder über Theile des Beschwerdegegenstandes von ungleichförmiger Entscheidung der Vorin-

12) Wenn die erste Instanz unter Verwerfung zweier Einreden den Beklagten verurtheilt, die zweite Instanz eine der Einreden (in den Motiven) gleichfalls für unbegründet erklärt, die andre aber zum Beweise ausgesetzt hat, so ist, wenn die Sache überhaupt bei der Ungleichheit des Resultates zur Revision geeignet, der Beklagte nicht gehindert, auch die in zwei Instanzen gleichförmig verworfne Einrede in der dritten Instanz geltend zu machen.

13) Landtagsabschied von 1831, III, 8.

14) Wenn der erste Richter auf den von einer Parthei zu leistenden Haupteid erkannt, der zweite derselben Parthei, statt des Haupteides, den Reinigungseid aufgetragen hat, so kann man nicht sagen, daß die beiden Erkenntnisse gleichförmig seyen.

15) OAGBeschluß vom 21. Aug. 1843 Nr. 387 39/40.

stanzen über jeden der einzelnen Punkte oder Bestandtheile abhängig zu machen [16]). Nur wo die Beschwerdeführung verschiedne, nicht einerlei Ursprung habende Streitsachen [17]) betrifft, ist die Frage, ob in den Vorinstanzen gleich- oder ungleichförmig erkannt worden, für jede derselben gesondert zu stellen [18]).

g) Stimmen die vorigen Urtheile in den Streitpunkten und Streitgegenstandstheilen überein, auf welche die Beschwerdeführung beschränkt ist [19]), so steht es der Annahme der Gleichförmigkeit nicht im Wege, daß in andern Punkten oder Theilen, welche ausser der Sphäre der Beschwerdeführung liegen, ungleichförmig erkannt worden ist. Wenn der erste Richter auf definitive Abweisung der Klage, der zweite auf Abweisung in angebrachter Art erkannt hat, so soll durch die Revision des Klägers nur die Frage an den obersten Gerichtshof gebracht werden, ob in dem gegenwärtigen Verfahren die Klagabweisung, in welcher die beiden ersten Urtheile übereinstimmen, sich rechtfertigen oder nicht. Der Vorbehalt der Geltendmachung auf dem Wege einer neuen Klage, welcher dem zweiten Urtheile beigefügt ist, liegt außer der Sphäre der Beschwerdeführung an den obersten Richter [20]); im Falle

16) So wie bei Berufungen von der ersten an die zweite Instanz die mehreren Streitpunkte resp. die mehreren aus derselben Quelle fließenden Streitposten als ein Ganzes aufzufassen sind, so muß auch, wo es sich von Berechnung der Revisionssumme handelt, die gleiche Zusammenfassung eintreten.

17) Oder theils die Vorklage, theils die Wiederklage.

18) Vgl. §. 62 der Nov. von 1837.

19) Vgl. oben §. 11 Note 1.

20) Ganz anders in dem Falle, wenn der erste Richter angebrachtermassen, der zweite (auf beiderseitige Appellation) definitiv abgewiesen hat, und nun der Kläger revidirt. In diesem Falle liegt es allerdings in der Sphäre der Revision,

der Zulassung des Rechtsmittels hätte sich derselbe mit der Frage, ob dieser Vorbehalt der Sachlage angemessen, nicht zu befassen; indem ja zufolge des Verbots der **reformatio in pejus** eine Streichung des Vorbehaltes unzulässig wäre. Demzufolge erscheint es als die richtige Ansicht, daß die vorigen Urtheile in dem bezeichneten Falle für gleichförmig zu achten seyen [21]). (Das OAG. hat sich jedoch in mehreren Fällen für das Gegentheil entschieden.)

h) Haben die Vorinstanzen eine Streitfrage ungleichförmig entschieden, z. B. der erste Richter dem Kläger, der zweite dem Beklagten den Beweis einer gewissen Thatsache aufgelegt, so kann man nicht sagen, es liege nun gleichförmige Entscheidung darüber vor, daß nicht auf ein Drittes, z. B. definitive Verurtheilung oder Entbindung zu erkennen sey [22]).

III.
Revisionszulässigkeit.

Die Appellation an die dritte Instanz findet gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Erkenntnisse in folgenden Fällen nicht statt [23]):

ob die Abweisung, wenn die Sache überhaupt dazu gelagert scheint, definitiv oder nur angebrachtermassen zu geschehen habe.

21) Muß nun in einer vorgekommenen Streitsache in Folge der Gleichförmigkeit der Urtheile erster und zweiter Instanz die Revision für unstatthaft erachtet werden, so kann die Frage der Angemessenheit des Vorbehaltes auch nicht auf dem Wege der Adhäsion Gegenstand oberstrichterlicher Prüfung werden. Nov. v. 1837 §. 68 Abs. 3.

22) Es genügt daher, auch wenn Revident ein Drittes beantragt, die bei ungleichförmigen Erkenntnissen erforderliche Revisionssumme. S. OAGAkt. Nr. 250 40/41. — Heise und Cropp a. a. O. S. 224—6.

23) Nach den Motiven des Entwurfes der Novelle von 1837

1) gegen die in §. 52 Nr. 1—3, dann 7 und 8 benannten Erkenntnisse, nemlich

a) Bescheide, welche von der Gerichtsschwelle abweisen [24];

b) Erkenntnisse, wodurch die gerichtsablehnende Einrede verworfen wird [25];

c) Erkenntnisse, welche den Streit über die Prozeßart entscheiden [26];

d) Be-

(§. 68) rechtfertigen sich diese Beschränkungen der Revision theils a) durch die mindere Wichtigkeit der Sache (Nr. 2, 7, 9 des §. 54), theils b) durch die Nothwendigkeit größerer Beschleunigung (Nr. 3, 4, 5), theils c) endlich vorzüglich dadurch, daß Hülfe noch seiner Zeit, in dem weiterer Verhandlung vorbehaltenen Hauptstreite möglich ist.

24) Ueber Unzulässigkeit der Oberberufung gegen zwei in der Hauptsache gleichförmige Bescheide, wodurch der Antrag auf ein unbedingtes Mandat abgewiesen worden — s. Bl. f. RA. Bd. IV S. 320; oder wodurch eine Nichtigkeitsquelle von der Gerichtsschwelle zurückgewiesen worden — s. Bl. f. RA. Bd. VII S. 96.

25) Die Bestimmung der Novelle von 1819 §. 20 Nr. 1, soweit sie das von Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede Geltende auch für die Verwerfung der „von der Einlassung befreienden" Einrede (GO. Kap. VI §. 3 Nr. 2 und 3) verordnet, — gilt nicht mehr. Plenarbeschluß des OAG. vom 26. April 1843 (Rgblatt S. 375 f. Nr. 4—7). — Ueber den Fall, wenn der Einwand der Umgehung des Vermittlungsamtes in den Vorinstanzen gleichförmig verworfen worden — s. Bl. f. RA. Bd. V S. 245. Ueber den Fall, wenn unter Aufhebung der in erster Instanz ausgesprochnen Verwerfung der gerichtsablehnenden Einrede dem ersten Richter weiteres Erkenntniß aufgetragen wird — s. §. 3 Note 47.

26) S. oben S. 14 Note 36. Für Bescheide auf Leistung des Editionseides gilt die Beschränkung nicht.

d) Bescheide, wodurch eine Parthei oder ein Dritter zur Herausgabe einer Urkunde verurtheilt wird [27]);

e) Bescheide, welche die verlangte Aufnahme des Beweises zum ewigen Gedächtniß als unstatthaft erklären [28]).

Abgesehen von den Bescheiden, welche von der Gerichtsschwelle abweisen [29]), bezeichnet der §. 52 diejenigen Zwischenbescheide, gegen welche ausnahmsweise, d. h. abweichend von der in §. 51 aufgestellten Regel — eine Zwischenappellation, eine selbstständige Berufung stattfindet. Der §. 52 spricht daher nur von der Zulässigkeit der Berufung gegen solche Zwischenbescheide, welche blos den Inhalt eines solchen haben; Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appellablen Erkenntnisse erlassen wurden, sind, wenn zugleich gegen dieses appellirt wird, nicht unter der Regel des §. 51, daher auch nicht unter den Ausnahmen des §. 52 begriffen. Wenn nun der §. 54 der Nov. von 1837 verordnet, die Appellation an die dritte Instanz finde im Falle der Gleichförmigkeit der Aussprüche erster und zweiter Instanz gegen die im §. 52 Nr. 1—3, dann 7 und 8 benannten Erkenntnisse nicht statt, so erhellt, daß hierunter nur selbstständige für sich bestehende Erkenntnisse dieser Art verstanden sind, und daß die Beschränkung der Berufung an die dritte Instanz wegfällt, wenn dieses Rechtsmittel zugleich gegen eine andre der fraglichen Beschränkung nicht unterworfene Verfügung desselben Erkenntnisses ergriffen wurde. Der §. 52, auf welchen der §. 54 Bezug nimmt, spricht ja nur von solchen Bescheiden, welche abgesehen von den hier verordneten Ausnahmen unter die Regel des §. 51 fallen würden; unter diese Regel sind aber, wie gezeigt, Zwischenbescheide, welche in Verbindung mit einem appellablen Er-

27) S. oben S. 17 Note 43.

28) S. oben S. 18 Note 44.

29) Auf diese paßt nemlich der Begriff „Zwischenbescheid" nicht S. oben S. 12 Note 25.

kenntnisse erlassen, und nun mit diesem im Wege der Berufung angefochten werden, nicht enthalten. Eben deßwegen können dieselben auch nicht in dem §. 54 gemeint seyn, weil dieser den Gegenstand seiner mit Nr. 1 bezeichneten Verfügung nur durch Bezugnahme auf §. 52 bestimmt [30]).

Wo übrigens ein Fall des §. 54 wirklich gegeben, und die Entscheidung mit dem gleichförmigen Erkenntnisse zweiter Instanz in Rechtskraft übergegangen war, da kann die rechtskräftig abgethane Vor- oder Zwischenfrage später, wenn die Hauptsache an den obersten Gerichtshof gelangt, nicht mehr in Anregung kommen [31]).

Die Revision ist

2) anstatthaft gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse, „welche nach rechtskräftig entschiedner Haupt„sache [32]) blos die Zinsen, Schäden, Kosten und Früchte „betreffen [33]);

3) „gegen Urtheile über den jüngsten Besitz, voraus„gesetzt, daß nach erledigter Klagsache hierüber noch die „ordentliche Besitzklage (Cod. jud. cap. III §. 4 Nr. 2) zu„lässig ist [34]);

30) Bl. f. RA Bd. V S. 248, Bd. VI S. 374—5, Bd. VII S. 363—5. — In der Rechtssache Nr. 379 43/44 wurde vom obersten Gerichtshofe am 30. Jänner 1844 entschieden, daß die Frage, ob sich eine Sache zum mündlichen Verhöre eigne, mit dem Erkenntnisse in der Hauptsache entschieden, auch gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse an die dritte Instanz gebracht werden könne.

31) Dies gilt auch von Fällen, in welchen der Beklagte die Eigenschaft einer Justizsache in Abrede stellte. S. unten Kap. XVI §. 2, I Nr. 1.

32) Fälle, in welchen die vorigen Erkenntnisse auch die Hauptsache betreffen, die Revision aber nur hinsichtlich der Nebensachen ergriffen wird, gehören nicht hieher.

33) Vgl. hierüber Bd. III S. 366.

34) Vgl. Bd. II S. 66 f. — Eine Ausdehnung dieser Vorschrift

4) „gegen Beschlüsse, wodurch eine provisorische Ver„fügung getroffen [35]), oder

5) „Arrest verhängt worden [36]).“

Zur Bezeichnung eines Urtheils, welches in der Hauptsache auf Beweis oder definitiv erkennt, und nebenbei eine provisorische Verfügung oder eine Arrestverhängung enthält, kann man nicht sagen, es sey ein Beschluß, wodurch eine provisorische Verfügung getroffen oder Arrest verhängt worden. A potiori fit denominatio. Daher sind die Nrn. 4 und 5 des §. 54 auf provisorische Verfügungen und Arrestverhängungen, welche nur accessorisch in einem Erkenntnisse über die Hauptsache vorkommen, und mit diesem Gegenstand einer Revision sind, nicht zu beziehen.

Hierher gehören

6) Erkenntnisse im Exekutivprozesse, jedoch diese, wie Arrestverhängungen, nur unter der Voraussetzung, „daß

auf das remedium aus der l. ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo ist unzuläßig. Bl. f. RA. Bd. V S. 347, Bd. VI S. 128.

35) Vgl. OAGE. vom 24. Nov. 1843 Nr. 1042 42/43. Auf Beschlüsse, durch welche Anträge auf Erlassung von Provisorien nach gepflogner Verhandlung zurückgewiesen werden, paßt die Vorschrift nicht. Interlokute auf Beweis sollten in der Verhandlung über ein Provisorium gar nicht vorkommen, sondern nur inappellable sog. Prälokute. S. oben §. 3 S. 15 Note 38.

36) Der Inhalt der vorigen Note ist auch hieher zu beziehen. — Von dem Fall, wenn der Antrag auf Arrestverhängung in erster Instanz von der Gerichtsschwelle abgewiesen worden, in zweiter Instanz aber demselben stattgegeben wird — s. oben §. 3 S. 11 Note 22. — Gegen zwei gleichförmige Erkenntnisse auf Relaxation eines früher erkannten Arrestes findet die Oberberufung statt. OAGE. v. 31. Okt. 1843 Nr. 1542 42/43; vom 3. Nov. 1843 Nr. 595 42/43.

„dem unterliegenden Theile die gesonderte Rechtsverfolgung „im gewöhnlichen Prozesse vorbehalten bleibt [37]).“

Bei Beschlüssen, welche nur Arrest (zur Sicherung künftigen Urtheilsvollzugs) verhängen, versteht es sich von selbst, daß damit die Hauptsache nicht abgethan sey [38]). Ist die Anwendung der Revisionsbeschränkung auf eine Entscheidung im Exekutivprozesse in Frage, so kommt es darauf an, ob in Ansehung der Streitpunkte, welche durch die Revision der oberstrichterlichen Prüfung unterstellt werden wollen, nach dem hierüber in Bd. II S. 57 Bemerkten eine weitere Rechtsverfolgung im gewöhnlichen Prozesse als statthaft erscheint. Dabei wird es nach der Praxis des OAG. nicht als wesentlich angesehen, daß der Vorbehalt weiterer Rechtsverfolgung in den fraglichen Urtheilen ausgedrückt sey [39]).

7) „Erkenntnisse, wodurch dem ausländischen Kläger „(Proz. Gesetz von 1819 §. 8, I) Kautionsleistung aufgetragen wird, es möge die Frage über die Verbindlich„keit selbst, oder über den Betrag, oder über die Art, „der Kautionsleistung streitig seyn.“

Auch von diesem Falle gilt das oben zu Nr. 4 und 5 Bemerkte.

37) Vgl. OAGE. vom 25. Juli 1843 Nr. 687 41/42.

38) Ist der arrestverhängende Beschluß dem Erkenntnisse in der Hauptsache beigefügt, so fällt diese Beschränkung der Revision weg. Das in dieser Beziehung zu Nr. 5 Bemerkte bestätigt sich durch den gesetzlichen Beisatz zu Nr. 6.

39) Diese Praxis stützt sich darauf, daß der Ausdruck der Novelle von 1837 „vorbehalten bleibt“ gemäß der von ihrem Verfasser, v. Stürzer, bekannten Ansicht (CSV. S. 785) zu interpretiren sey, und daß man annehmen müsse, es sey die Abweichung von dem Ausdrucke der Novelle von 1819 (§. 20: „vorbehalten wurde“) gerade zu dem Ende beliebt worden, um diese Ansicht v. Stürzers auszuprägen. — Andrer Meinung ist Lauk in den Bl. f. RA. Bd. V S. 380—4.

8) „Alle Erkenntnisse nnd Beschlüsse im Exekutions-„Verfahren, soweit gegen dieselben überhaupt eine Beru-„fung zulässig ist."

Was oben im §. 6 S. 77 ff. zur Erläuterung der Vorschrift bemerkt wurde, welche die Nothfrist im Exekutionsverfahren beschränkt, kommt auch bei der hier in Frage befindlichen Beschränkung der Revision zur Anwendung. Diese gilt übrigens nicht für Beschwerdeführungen derjenigen Parthei, zu deren Vortheil welche die Exekution statt findet [40]). Inwiefern die Berufung im Exekutionsverfahren überhaupt zulässig oder nicht, ist oben in §. 3 S. 26 f. erörtert worden.

Im Falle gleichförmiger Entscheidung in erster und zweiter Instanz findet Revision nicht statt

9) gegen Erkenntnisse in Sachen wegen Ehrenbeleidigungen insofern nur auf Ehrenerklärung geklagt war [41]).

40) Denn a) der Zusatz „soweit gegen dieselben überhaupt eine Berufung zulässig ist" — verweist auf GO. XV §. 3 Nr. 4, wo nur von der Appellation des unterliegenden Theils gehandelt wird. b) Bei Arrestsachen und provisorischen Verfügungen (Fällen provisorischer Exekution) ist die Revisionsbeschränkung ausdrücklich nur für Beschwerdeführungen desjenigen bestimmt, gegen den Arrest verhängt oder eine provisorische Verfügung getroffen wurde (s. oben Nr. 4 und 5). c) Der Grund der Vorschrift, dem Sieger schleuniger zur Vollstreckung zu verhelfen, paßt nicht auf Appellationen des Siegers. d) Es ist unzulässig zum Nachtheile eines Theiles anzuwenden, was zu seinem Vortheile eingeführt ist. Fr. 25 de legibus. — (Das OAG. entschied öfter für das Gegentheil. Vgl. die S. 77 Note 3 alleg. Erk.) — Ist nicht die Vorschrift über die nur 14tägige Nothfrist im Exekutionsverfahren in gleicher Weise beschränkend auszulegen? — Dagegen spricht, daß auf diese der gewichtigste obiger vier Gründe, nämlich der unter lit. b, nicht paßt. — Vgl. unten Kap. XVIII §. 8 Nr. 4.

41) Ueber die Anwendung dieser Vorschrift auf dergleichen Kla-

IV.

Revisionssumme.

Der Landtagsabschied vom 29. Dez. 1831 verordnet unter III, 8:

„Eine Berufung zur dritten Instanz findet bei differ„men Erkenntnissen der vorigen Instanzen nur dann statt, „wenn der Streitgegenstand in Geld oder Geldwerth drei„hundert Gulden rhn. (ausschließlich der Kosten und „Zinsen) beträgt, bei gleichlautenden Erkenntnissen der „vorigen Instanzen aber ist eine Summe von sechshun„dert Gulden rh. (ebenfalls mit Ausschluß der Kosten „und Zinsen) erforderlich."

Unter Streitgegenstand wird hier dasjenige verstanden, was noch in der dritten Instanz Gegenstand des Streites ist, also der Gegenstand der Revisionsbeschwerden [42]).

Zufolge der Vorschrift des §. 58 der Novelle von 1837 bleiben nicht blos Kosten und Zinsen, sondern auch Früchte und Schäden, welche als Nebensache zu- oder aberkannt sind, außer Berechnung [43]).

Ob im gegebnen Falle Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der vorigen Urtheile vorhanden, ist nach dem oben unter II Vorgetragenen zu beurtheilen. Wenn z. B. der Beklagte auf geschehene Einklagung von 400 fl. in erster Instanz zur Zahlung von 300 fl. verurtheilt worden,

gen nach preußischem Rechte s. Bl. f. RA. Bd. V S. 249 vgl. mit S. 81 f.

42) Vgl. §. 58 der Nov. von 1837.

43) Daß sich der §. 58 auch auf die Revisionssumme bezieht, ergiebt sich aus den Worten: „Bei der Berechnung der im §. 57 bezeichneten Summen." In dem §. 57 ist nicht blos von der Berufungssumme bei Appellationen gegen Untergerichte, sondern — durch Bezugnahme auf den Landtagsabschied von 1831 — auch von der Revisionssumme die Rede.

in zweiter Instanz Beklagter völlige Entbindung von der Klage, Kläger aber Verurtheilung in die vollen **400** fl. beantragt, und nun das Obergericht eine Verurtheilung zu **350** fl. ausgesprochen hat, so ist hiegegen Revision von Seite des Beklagten statthaft, weil in Ansehung der **350** fl., welche den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bilden, ungleichförmige Urtheile der Vorinstanzen vorliegen [44]). War hingegen der Beklagte in erster Instanz zu **800** fl., in zweiter zu **400** fl. verurtheilt worden, so kann derselbe wegen dieser **400** fl. nicht revidiren. Denn darüber, daß er die den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bildenden **400** fl. zahlen soll, sind die Urtheile der Vorinstanzen gleichförmig.

Im Uebrigen gilt das oben §. **3** bezüglich der Berufungssumme Vorgetragene auch für die Revisionssumme. War in der zweiten Instanz eine Schätzung des Streitgegenstandes vorgenommen worden, so findet, zum Behufe der Revision eine nochmalige Schätzung nicht statt [45]).

44) OAGBeschluß vom 3. Nov. 1840 Nr. 1181 30/31. Es geht nicht an, diese Beschwerdesumme zu theilen, und der Gleichförmigkeit der vorigen Urtheile in Ansehung des Betrags von 300 fl. eine Folge zu geben. Nur in dem Falle, wenn die von der zweiten Instanz beigesetzten 50 fl. einen verschiedenen Ursprung hätten, wäre eine solche Trennung gerechtfertigt. S. oben S. 125—6.

45) §. 61 Abs. 2 der Nov. von 1837. Es ist jedoch der Fall dieser Gesetzstelle nicht gegeben, wenn in der Revisionsinstanz der frühere Appellat Beschwerde führt, und der Beschwerdegegenstand, wie bei Grunddienstbarkeiten, nicht gleichen Werth für beide Partheien hat. S. oben S. 53. OAGAkt. Nr. 959 42/43.

V.

Revisionsschrift. Extrajudizialrevision. Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz. Revisionsverfahren.

Was oben §. 5, I von Einreichung [46]) und Einrichtung der Berufungsschrift gesagt wurde, gilt auch für die Revisionsschrift.

Gegen Beschlüsse eines Obergerichts, durch welche eine an dasselbe gebrachte Extrajudizialbeschwerde abgewiesen wird, findet in der Regel weitere Beschwerdeführung an den obersten Gerichtshof statt, welche sich nach den oben S. 69 f. vorgetragenen Grundsätzen richtet [47]). Gegen Entscheidungen der Obergerichte über Rekurse in Betreff einer vom Untergerichte verhängten Prozeßstrafe kann eine Beschwerde bei der dritten Instanz nicht geführt werden [48]); eben so wenig gegen Beschlüsse des Obergerichts über Beschwerdeführungen gegen Beschlüsse des Hypothekenamts [49]). — Wurde auf die Extrajudizialbeschwerde vom Obergerichte eine abändernde Entschließung erlassen, so können dagegen andre Personen, welche darin eine Beeinträchti-

46) In Bezug auf die Einreichungs-Nothfrist gilt nichts Besonderes für die Revision. — Ein Deklarationsgesuch bezüglich eines oberstrichterlichen Erkenntnisses ist an keine Nothfrist gebunden. Vgl. OAGAkt. Nr. 615 24/25, 218 28/29, 683 30/31, 339 33/34. Vgl. Bd. III S. 373.

47) Diese in der Praxis des OAG. angenommene Regel gründet sich auf die gesetzlich ausgesprochene Gleichstellung zwischen Appellation und Revision. Wo Appellation zuläßig, steht auch der Weg der Revision offen, sofern nicht besondre Gesetzesvorschriften entgegenstehen.

48) §. 21 der Prozeßnovelle von 1819. Auch nicht, wenn das Obergericht den Rekurs als desert zurückgewiesen hat. OAGE. vom 22. Nov. 1842. Nr. 69 41/42.

49) §. 94 des Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822.

gung ihrer [50]) Interessen finden, keine Beschwerdeführung an den obersten Gerichtshof bringen; vielmehr haben sie durch den Vortrag ihrer Einwendungen eine wiederholte Schlußfassung in erster Instanz hervorzurufen [51]), beziehungsweise nunmehr den Rechtsweg gegen den im entgegengesetzten Interesse Betheiligten zu betreten [52]).

Was oben S. **71** f. und S. **86** f. zur Erläuterung der GO. XV §. **5** Nr. **8** und §. **7** Nr. **9** vorgetragen wurde, findet auch für die Revisionsinstanz Anwendung. Auch in Ansehung der Nothfrist gilt hier nichts Besonderes.

Einreichung einer Nebenverantwortung findet in der dritten Instanz nicht statt [53]); wohl aber steht dem Revisen die Befugniß der Adhäsion nach denselben Grundsätzen zu, welche bei der Berufung zur Richtschnur dienen. Auch hindert die Unzulässigkeit der Nebenverantwortung den Revisen nicht, seine Befugniß zur Beibringung neuer Behelfe auszuüben. S. oben S. **86** Note **5**.

VI.

Devolutiveffekt der Revision.

Von dem Grundsatze, daß mit dem Gegenstande der eingewandten speziellen Beschwerden Alles davon Ab-

50) Oder der Interessen einer von ihnen vertretenen Person.

51) Z. B. wenn in einer Vormundschaftssache des Pfleglings nächste Verwandte die abändernde Entschließung des Obergerichts, welche auf eine Extrajudizialbeschwerde des Vormunds ergangen ist, in Obsorge für den Pflegling beanstanden.

52) So in Hypothekensachen, ferner im Falle einer obergerichtlich ausgesprochenen Gewerbskonstatirung.

53) Wenn gegen eine von dem Oberrichter wegen Mangels der Berufungssumme oder wegen Versäumniß der Nothfrist ausgesprochene Zurückweisung der Appellation an den obersten Gerichtshof Beschwerde geführt wird, so ist dies nicht Beschwerdeführung an die dritte, sondern an die zweite In-

hängende an den höhern Richter devolvirt werde, findet in der Revisionsinstanz eine eigenthümliche Anwendung statt, betreffend die etwa in der Berufung an die zweite Instanz eventuell gestellten Bitten, wenn diese deßwegen, weil der zweite Richter der primären Bitte des Appellanten entsprochen hat, bei der zweitrichterlichen Beurtheilung der Sache nicht in Erwägung gekommen sind. Wenn nun der Gegner (der Appellat) die Sache an die dritte Instanz bringt, und von dem obersten Gerichtshofe Abänderung des zweitrichterlichen Ausspruchs über die primäre Berufungsbitte beschlossen wird, so lebt in Folge dessen die früher außer Erwägung gebliebene eventuelle Berufungsbitte des damaligen Appellanten, nunmehrigen Revisen von selbst, d. h. ohne Zuthun des letzteren, wieder auf, sie muß von dem obersten Gerichte von Amtswegen zum Gegenstand der Schlußfassung gemacht werden [54]).

Kommt der Revisionsrichter nach den oben S. 98 f. vorgekommenen Erörterungen in den Fall, eine Sache zu nochmaliger Entscheidung zurückzuweisen, so kann diese Zurückverweisung nach Verschiedenheit der Sachlage an den zweiten oder an den ersten Richter geschehen müssen. War es nur der zweite Richter, welcher in Folge der Beantwortung einer Vorfrage der a. a. O. bezeichneten Art, wozu auch die Prüfung der Berufungsförmlichkeiten gehört, die Würdigung der Materialien überhaupt oder in einzelnen Theilen unterlassen hatte, so wird in Folge der oberstrichterlichen Abänderung des diese Unterlassung motivirenden Beschlusses, die Zurückverweisung an den zweiten Richter zu nochmaligem Erkenntnisse ausgesprochen; wohingegen Zurückverweisung an den ersten Richter eintritt, wenn z. B. dieser auf dem Grunde der Desertion einen Gegen-

stanz (s. oben Abschn. 1), daher die Einreichung einer Nebenverantwortung hier zulässig.

54) OAGE. vom 11. Juli 1843 Nr. 61 40/41. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 414—15.

beweis ausgeschlossen hatte, und dieser in zweiter Instanz bestätigte Ausspruch nun von dem obersten Gerichtshof reformirt wurde.

VII.

Revisionssentenz.

Die Vorschrift des §. 11 Nr. 1, nach welcher der Revisionsrichter, wenn bei der von Amtswegen anzustellenden Prüfung der Förmlichkeiten auch der vorigen Instanz ein offenbarer Mangel an diesen befunden wird, die causam sogleich pro deserta vel non devoluta erkennen soll, — kann

1) nur auf Revisionen einer Parthei, welche auch in zweiter Instanz Beschwerde geführt hat, und auf die von ihrer Seite in zweiter Instanz vorgekommenen Unförmlichkeiten bezogen werden. Denn offenbar geht es nicht an, eine Revision deßwegen als desert oder nicht erwachsen abzuweisen, weil auf Seite des Gegners der revidirenden Parthei bei der von ihm an die zweite Instanz ergriffenen Berufung eine Unförmlichkeit vorgekommen war. Gebrechen an der frühern Appellation des Gegners können nicht dem jetzigen Revidenten zum Nachtheil gereichen, den Fall ausgenommen, wenn in zweiter Instanz bestätigend erkannt wurde und die Revisionsbeschwerde blos darauf gerichtet ist, daß der frühern Adhäsionsbeschwerde nicht entsprochen worden. War des Gegners Appellation zur zweiten Instanz nicht erwachsen, so war nothwendig auch die Adhäsion unstatthaft, und in Folge dessen läßt sich die Adhäsionsbeschwerde auch in der Revisionsinstanz nicht wiederholen.

Findet in dem Falle, wenn der jetzige Revident auch in zweiter Instanz Beschwerde geführt hatte, der oberste Richter einen offenbaren (vom zweiten Richter nicht erkannten) Mangel in den Förmlichkeiten der vorigen Instanz, so wird gleichwohl nur auf Abweisung der Revision,

nicht der Appellation erkannt [55]), so daß das zweitrichterliche Urtheil insoweit es eine dem jetzigen Revidenten günstige Abänderung aussprach, und nicht auch von Seite des Gegners angefochten ist, aufrecht bleibt.

Revidirt jetzt der frühere Appellat, so muß man für den Fall einer vom zweiten Richter nicht erkannten Unförmlichkeit [56]), welche in des jetzigen Revisen Appellation an die zweite Instanz vorgekommen ist, folgendermassen unterscheiden:

a) Wird von dem Revidenten über die Nichtbeachtung dieser Unförmlichkeit Beschwerde geführt, so ist vom obersten Richter das Urtheil zweiter Instanz aufzuheben, und die Abweisung des von der ersten zur zweiten Instanz ergriffenen Rechtsmittels (wegen Unzulässigkeit, Nichtdevolution, Desertion) auszusprechen.

b) Eben so ist (ohne prüfendes Eingehen in die Revisionsmaterialien) zu erkennen, wenn vom Revidenten zwar nicht über Nichtbeachtung der vorgekommenen Unförmlichkeit Beschwerde geführt, aber doch völlige Entkräftung des Urtheils zweiter Instanz begehrt wird [57]).

55) OAGE. vom 5. Febr. 1841 Nr. 4 37/38. — S. jedoch für den Fall, wenn auf eine nach § 51 der Nov. von 1837 unzulässige Appellation bestätigend erkannt worden, und der Appellant hiegegen Revision sucht, — ein abweichendes OAGE. in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 396—7.

56) Natürlich ist hier nur von solchen Mängeln die Rede, welche Unzulässigkeit, Nichtdevolution, Desertion bewirken.

57) Das OAG. hat jedoch in einem Falle, in welchem die Förmlichkeit der gegnerischen Appellation wegen des fraglichen Mangels von Seite des jetzigen Revidenten im Berufungsverfahren beanstandet, dieser Beanstandung im zweitrichterlichen Urtheile keine Folge gegeben, und in der Revision die Beschwerdeführung über die Verwerfung der vorgebrachten Berufungs-Einwendung unterlassen war, — die Ansicht adoptirt, daß der Revisionsrichter unter diesen Umständen auf die

c) Wenn Revident nur eine theilweise Entkräftung des auf die gegnerische Appellation ergangenen [58]) Urtheils beantragt, so kann der Revisionsrichter der von ihm wahrgenommenen Berufungs-Unförmlichkeit keine Folge geben, indem es einerseits nicht angeht, über die Gränzen der Revisionsbeschwerde [59]) zum Nachtheile des Revisen abzuändern, andrerseits eben so wenig, die Berufung an die zweite Instanz durch theilweise Aufrechterhaltung des zweitrichterlichen Urtheils theilweise als zulässig und erwachsen gelten zu lassen, zum andern Theile aber wegen der vorliegenden Unförmlichkeit für desert oder nicht erwachsen zu erklären.

2) Mängel in den Förmlichkeiten der vorigen Instanz, welche nicht offenbar sind, sondern erst durch amtliche Erhebungen konstatirt werden müßten, kommen, sofern nicht über deren Nichtbeachtung Beschwerde geführt ist, nicht in Betracht.

3) Walten über die Eigenschaft einer Justizsache und über Einhaltung der Jurisdiktions-Gränzen von Seite der Vorinstanzen keine Bedenken ob, so sind zunächst die Formalien der Revision, und darauf die der vorigen Instanz ins Auge zu fassen.

VIII.

Vom Sukkumbenzgelde.

Im Falle von dem obersten Gerichtshofe in einer Re-

verworfene Berufungseinwendung nicht zurückkommen könne. OAGAkt. in Sachen Engelbrecht c[a] Listl. Nr. 1038 39/40.

58) Von dem Falle, wenn Revident nur seine frühere Adhäsionsbeschwerde wiederholt, war schon oben die Rede.

59) Ein Hinblick auf den Inhalt der eingewandten Beschwerden läßt sich hier zur Prüfung der Formalien eben so wenig vermeiden, als überhaupt bei der Prüfung der Berufungszu-

visionssache [60]) entweder durchgängig oder in gewissen Punkten bestätigend erkannt wird, soll eine jede Parthei [61]), deren Beschwerden sämmtlich oder zum Theile für unerheblich befunden worden, in ein Sukkumbenzgeld von **9** bis **90** Gulden zum Vortheil des Pensionsfondes für die Hinterlassenen der Advokaten verurtheilt werden.

Auf Frivolität der Revisions-Beschwerden kommt es nicht an; das Sukkumbenzgeld ist nicht Strafe; es muß darauf auch in höchst zweifelhaften Fällen erkannt werden.

Von Bezahlung der Sukkumbenzgelder sind frei der Königliche Fiskus, gemeinnützige und fromme Stiftungen, Gemeinden und Pfleglinge, wenn der Prozeß mit obrigkeitlichem Streitkonsense geführt worden [62]). — Die Theilnahme befreiter Streitgenossen kommt den übrigen zu Gute [63]).

Ist die Beschwerdeführung in der Hauptsache durchgängig für erheblich befunden und nur im Kostenpunkte

lässigkeit und des Daseyns der Berufungssumme. S. oben S. **110** Note **1**.

60) Nov. Samml. Bd. I S. **296—7**; Nov. v. **1837** §. **69**. Es ist eine mißbräuchliche Ausdehnung, wenn Sukkumbenzgelder auch in denjenigen Fällen zur Anwendung kommen, wo der oberste Gerichtshof in zweiter Instanz erkennt, z. B. über die Beschwerde gegen ein obergerichtliches Desertionserkenntniß. — Es handelt sich hier von einem exorbitanten, in Recht und Billigkeit nicht wurzelnden Institute, dessen Umfang im Zweifel zu beschränken ist. Vgl. oben S. **120—2**.

61) Gleichviel, ob Revident oder Adhärent. — Mehrere Streitgenossen bilden zusammen nur eine Parthei.

62) Außerdem sind die Gemeinde-Vorsteher und Vormünder, welche den Streit ohne Ermächtigung führten, in das Sukkumbenzgeld zu verurtheilen.

63) OAGE. vom **19**. Mai **1843** Nr. **890** 39/40. Die Analogie der GO. XV §. **11** § **10** spricht hiefür.

bestätigt worden, so entspricht es der accessorischen Natur des letzteren, die Aufbürdung der Unterliegungstaxe zu unterlassen. Das Gleiche gilt, wenn auf eine Revisionsbeschwerde zwar keine eigentliche Abänderung, aber doch eine dem Revidenten zum Vortheil gereichende Verbesserung der Urtheilsfassung ergeht. — In Fällen, wo eine Revision wegen Mangels in den Formalien abgewiesen wird [64]), eben so in Extrajudizial-Beschwerdesachen [65]), findet die Auflegung eines Sukkumbenzgeldes nicht statt.

In Zumessung des Betrags ist allerdings auf etwaigen Streitmuthwillen oder andrerseits auf die Zweifelhaftigkeit der Sache, so wie auf das Vermögen des Revidenten Rücksicht zu nehmen.

Anhang,

die ordentlichen Rechtsmittel, in administrativ-contentiösen Sachen betr.

Die gesetzlichen Vorschriften über das gerichtliche Verfahren überhaupt, also die Gerichtsordnung mit allen zu derselben erlassenen Novellen bilden im Allgemeinen die Normen, nach welchen auch die administrativ-contentiösen Rechtssachen (vgl. Bd. I S. 122 f.) zu behandeln sind [1]). Was insbesondre die Novellen von 1819 und 1837 über die Appellation verordnen, ist eben so, wie von den Gerichten, von den Verwaltungsstellen resp. dem kgl. Staats-

64) Nicht zu verwechseln mit Fällen, in welchen gegen ein wegen Mangels in den Formalien abweisendes Erkenntniß zweiter Instanz Beschwerde geführt wird. Das ist nicht Revision, sondern Berufung gegen einen Ausspruch erster Instanz. OAGAkt. Nr. 400 41/42.

65) Vgl. OAGAkt. Nr. 637 39/40.

1) RRspt. des Ministeriums des Innern vom 2. Aug. 1820. (Döllinger Verordnungssammlung Bd. II S. 196 §. 7.)

rathe in den ihrer Kompetenz zugewiesenen Civilprozeßsachen anzuwenden [2]). Indessen giebt es für diese in Ansehung einzelner Punkte spezielle Vorschriften [3]), welche durch die allgemeinen Bestimmungen der gedachten Novellen nicht entkräftet wurden, sondern auch jetzt noch gelten. Was

1) die Berufungssumme betrifft, so beträgt diese für die Berufungen von Erkenntnissen der Kreisregierungen an den kgl. Staatsrath — vierhundert Gulden, ohne daß hier Gleichförmigkeit oder Ungleichförmigkeit der Erkenntnisse der Vorinstanzen einen Unterschied macht [4]).

2) Das Berufungsfatale ist in administrativ-contentiösen Sachen, sowohl für Berufungen von der ersten zur zweiten, als für die von der zweiten zur dritten Instanz, auf **30** Tage festgesetzt [5]).

3) Die Frist zur Abgabe der Nebenverantwortung soll in **30** Tagen bestehen.

2) So z. B. in Betreff der Uebergabe der Berufungsschrift bei der ersten Instanz und der von dieser zu bewirkenden Instruirung. Moritz Novellen Bd. IV S. 190.

3) Verordnung vom 8. Aug. 1810 (Regbl. S 644—5) Tit. I Art. 2, 4; Tit. II. — Was die in Tit. III dieser Verordnung in Bezug genommene Stelle der GO. betrifft, so ist jetzt weder die Beilegung der Urtheilsabschrift, noch die Angabe des Publikationstages mehr nöthig. S. oben S. 58, 82.

4) Einer summa appellabilis bedarf es aber nicht in Fällen, wo es sich um ein jus perpetuum handelt. Tit. I Art. 4 der Vdng. vom 8. Aug. 1810. S. Note.

5) S. jedoch in Bezug auf (die zum Gebiete des Civilprozesses nicht gehörigen) Salz-Aufschlags-Defraudations-Fälle Tit. II Art. 2 der alleg. Vdng.

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und andern remediis juris.

Sechzehntes Kapitel.

Von der restitutione in integrum, der Nullität und andern remediis juris.

§. 1.

Von dem remedio restitutionis in integrum.

I.

Von der Restitution gegen Urtheile [1]).

1. Verhältniß zu ordentlichen Rechtsmitteln.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Urtheile hat die allgemeine Natur der Restitution, sie ist eine Rechtshülfe gegen die Strenge des Rechts aus Gründen der Billigkeit. Das strenge Recht besteht hier in der eingetretenen Rechtskraft eines Urtheils. Die Appellation gegen ein Urtheil setzt voraus, daß Rechtskraft desselben noch nicht eingetreten sey; die Nichtigkeitsklage (wegen unheilbarer Nichtigkeit) findet gegen Urtheile statt, welche der Rechtskraft unfähig sind; die Restitution gegen Urtheile, welche die Rechtskraft erlangt haben. So lange noch der Weg der Appellation oder Revision offen steht [2]), ist die Restitution ausge-

1) **Martin** Lehrb. §. 296 u. **Bayer** Vorträge zu diesem §en; **Linde** Lehrb. §. 424—5 und Handb. Bd. V §. 276 f.; **Heffter** System §. 465 f.; **Mittermaier** d. gem. bürgerl. Proz. Beitr. 3 § III S. 69 f.

2) Die Verschließung kann sowohl durch Verzichtleistung als durch Zeitablauf geschehen. OAGE. v. 21. Okt. 1820 (**Müller** ca **Dreßler**); Bl. f. RA. Bd. III S. 381—3, Bd. VI S. 215—18. — Bei Urtheilen, welche in letzter Instanz

schlossen [3]). Diese ist überhaupt nur ein subsidiäres Rechtsmittel; sie kann gegen Urtheile in Besitzstreiten und andern nicht auf definitive Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichteten Prozessen [4]) — nicht gesucht werden, weil hier der Verletzte durch Anstellung der zur Geltendmachung des Rechts bestimmten Klage (petitorium) Wiederaufhebung des erlittenen Nachtheils erlangen kann [5]). — Sie fällt weg gegen Urtheile, welche eine Klage angebrachtermaßen abweisen, sofern die vorbehaltene neue Klage zur Gewährung der zu erstrebenden Abhülfe führen kann [6]).

2. Begründung durch Nova.

Die Restitution „kann anders nicht, als aus solchen „novis ergriffen werden, welche die Hauptsache selbst in „facto merklich alteriren, mithin nicht nur an sich erheb„lich, sondern auch vollständig und genug erwiesen sind."

Nach dieser Gesetzstelle sind

a) Zwang und Furcht, gespielter Betrug [7]) und Abwesenheit keine Gründe, aus welchen Restitution gegen ein Urtheil gesucht werden könnte [8]).

gesprochen sind, giebt es ohnehin kein ordentliches Rechtsmittel.

3) Die neuen Behelfe können im Wege des ordentlichen Rechtsmittels benützt werden. S. oben 71 f.

4) Z. B. interdictum quod vi aut clam.

5) Handelt es sich von einem Urtheile in possessorio summariisimo, so ist dem Verletzten in der Regel auch noch das possessorium plenarium vorbehalten.

6) Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen H. I S. 138.

7) Siehe jedoch in Bezug auf Minderjährige — unten den Abschnitt 3.

8) Soferne nicht die Thatsachen, welche solche Veranlassung des erlittenen Nachtheils darstellen, zugleich als erhebliche nova in facto erscheinen.

b) Das Restitutionsgesuch soll sich auf Nova gründen, d. h. auf neue in den bisherigen Verhandlungen nicht vorgekommene Thatsachen oder Beweismittel, von welchen Implorant früher „entweder nichts gewußt, oder „welche er wenigstens legal beizubringen ante sententiam „nicht vermocht hat"[9]).

Neue Thatsachen können z. B. dazu dienen, eine neue Einrede[10]) gegen die rechtskräftig zugesprochene Forderung des Klägers zu begründen, neue Beweismittel das in dem Endurtheile gezogene Resultat der ihm vorhergegangenen Beweisführung verändern. Uebrigens kann sich auch das Vorbringen neuer Thatsachen auf die Beweisführung beziehen, wenn es sich z. B. davon handelt, einen Vermuthungsbeweis zu liefern, oder eine generelle Beweisauflage, über das Zustehen des Eigenthums oder eines Realrechts, durch Nachweisung der Entstehungs-Thatsachen zu erschöpfen.

Um die Thatsachen oder Beweismittel, auf deren Grunde Restitution gesucht wird, als neu erscheinen zu lassen, ist nicht genug, daß sie in den frühern Verhandlungen nicht vorgekommen sind; sie dürfen auch dem Re-

9) Als Vorbringen einer neuen Thatsache erscheint es auch, wenn der Implorant, auf dem Grunde einer neuerdings erlangten Kunde, ein früher gemachtes Zugeständniß widerruft oder modifizirt.

10) Ein ganz neuer Klagegrund oder eine neue Widerklage kann nicht mittelst der Restitution geltend gemacht werden, weil hierdurch ein ganz andrer, vom vorigen unabhängiger Prozeß entstehen, folglich die Identität des Streitverhältnisses, die Bedingung aller Rechtsmittel, hinwegfallen würde, ohnehin aber der Betheiligte, im Fall er wirklich eine neue Klage hat, diese in der Regel auf dem gewöhnlichen Wege gebrauchen kann, so daß es an dem Erforderniß der Verletzung zur Begründung der Restitution fehlen würde. Vgl. Kurhessische Zschr. a. a. O. S. 174.

stitutionssucher vor Erlassung des Urtheils, gegen welches jetzt Restitution gesucht wird[11]), nicht bekannt gewesen[12]), oder doch deren Beibringung in wirksamer Beschaffenheit vor dem gedachten Urtheile unmöglich gewesen seyn[13]). — Liegt der frühern Unkunde oder der Unmöglichkeit früherer Geltendmachung eine nicht blos geringe Nachlässigkeit des jetzigen Imploranten zu Grunde, so ist die Restitution nicht zu bewilligen[14]). — Auch solche Thatsachen, welche

11) Darunter ist, wenn Urtheile mehrerer Instanzen vorliegen, dasjenige zu verstehen, welches in letzter Instanz ergangen ist. Denn die während des Schwebens in der höhern Instanz zur Kunde gekommenen Nova hätten ja hier noch nachgetragen werden können. S. oben S. 80.

12) Wenn die Parthei, welche eine an bestimmtem Orte und zu bestimmter Zeit vorgefallene Thatsache beweisen sollte, schon vor der Beweisantretung gewußt hat, daß eine gewisse Person zur kritischen Zeit am kritischen Orte anwesend war, so ist ihr diese Person schon damals als Zeuge des Faktums bekannt gewesen, und sie kann dieselbe nicht als nachträglich aufgefundnen Zeugen produziren. Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1, Bd. VI S. 269. Zu den Nichtwissenden gehören übrigens auch die sich nicht Erinnernden.

13) Weil etwa die Zeit zwischen der Bekanntwerdung des Novum und der Erlassung des Urtheils zu kurz war, oder weil der fragliche Zeuge abwesend und sein Aufenthalt unbekannt, oder weil das Original der Urkunde, deren Existenz man erfahren hatte, noch nicht aufgefunden war. — Auch in der Vorschrift der GO. X §. 13 Nr. 1 kann ein Hinderniß früherer Benützung gelegen gewesen seyn.

14) Was von der Restitution im Allgemeinen Rechtens ist, gilt auch von der hier in Frage befindlichen Art derselben. (In dem Eingange des §en ist die Stellung des darin normirten Rechtsmittels unter den Gattungsbegriff der Restitution deutlich ausgesprochen.) Vgl. Martin Lehrb. §. 296. Für jede Restitution gilt aber der Grundsatz: „Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis." Vgl. Fr. 16 ex quibus causis majores (4, 6) mit Fr. 7 pr.

sich erst nach dem Erkenntnisse begeben haben, können das Restitutionsgesuch begründen [15]).

c) Nur solche Nova, welche die Hauptsache selbst in facto [16]) merklich alteriren, begründen die Restitution. Würde sich die Wirkung darauf beschränken, daß der Parthei, welche unbedingt obgesiegt hat, die Leistung eines nothwendigen (Erfüllungs- oder Reinigungs-) Eides aufzutragen wäre, so ist ein merkliches Alteriren nicht vorhanden [17]); eben so wenig, wenn die Restitution nur zu einer verhältnißmäßig unbedeutenden Aenderung in dem Betrage oder Umfange des Zu- oder Ab-erkannten führen würde. Dagegen ist es allerdings ein merkliches Alteriren, wenn die beigebrachten Nova geeignet scheinen, die Zuerkennung des Erfüllungseides, statt des früher dem Gegner aufgetragnen Reinigungseides, oder das Umgekehrte zu rechtfertigen; oder an der Stelle der ausgesprochenen Entbindung des Beklagten von der Klage die Zulassung des Klägers zum Erfüllungseide herbeizuführen [18]).

in fine de restitut. (4, 1). Bl. f. RA. Bd. II S. 330—1. (Nach einer minder strengen Ansicht hat das OAG. in dem in den Bl. f. RA. Bd. VIII S. 395 mitgetheilten Erkenntnisse geurtheilt.) Vergessenheit kann bei älteren Geschichten nicht als negligentia zugerechnet werden. Vgl. OAGE. vom 6. Mai 1842 Nro. 677 37/38.

15) Ein erst nach dem Erkenntnisse gemachtes außergerichtliches Geständniß des Gegners.

16) Das Vorbringen neuer Rechtsgründe kann die Restitution nicht bewirken. — Dagegen können Partikulargesetze und Statuten, deren Existenz lange Zeit allgemein dem Gedächtniß entschwunden war, bei ihrer Wiederauffindung als Nova zur Restitution benützt werden. Bl. f. RA. Bd. VI S. 385—8. Vgl. Kurhessische Zsch. a. a. O. S. 175.

17) v. Stürzer CGB. S. 817.

18) Vorausgesetzt, daß nicht dennoch der Kläger wegen bewiesener Einreden unterliegen müßte.

d) Will die Restitution durch neue Thatsachen begründet werden, so ist erforderlich, dieselben vollständig zu beweisen. Der Mangel der Vollständigkeit kann hier durch den Ergänzungseid nicht gehoben werden [19]. — Bei neuen Beweismitteln hingegen kommt es nicht darauf an, daß sie vollen Beweis der zu beweisenden Thatsache liefern, wenn sie nur eine merkliche Aenderung in dem Beweis-Resultate bewirken, auf welchem das angefochtene Urtheil beruht. Zur Gewährung der Restitution reicht es hin, wenn sich die merkliche Aenderung durch Zusammenwirken der vor dem Urtheile und der jetzt neu beigebrachten Beweismittel ergiebt [20].

e) Daß Implorant „von diesen novis entweder nichts „gewußt, oder sie wenigstens legal beizubringen ante sen„tentiam nicht vermocht habe" muß derselbe „auf gegen„theiliges Begehren [21]) mit einem Eide [22]) oder in anderm „Wege darthun." — Wird in der Erklärung des Imploraten auf das Restitutionsgesuch die Neuheit des Vor-

19) Dies gilt auch von dem Falle, wenn im Wege der Restitution ein früheres Geständniß widerrufen werden will (Bd. III S. 222). Die Restitution ist hier dadurch bedingt, daß die erst neuerlich in Erfahrung gebrachte Unwahrheit der früher zugestandenen Thatsache vollständig bewiesen wird. Will z. B. der debitor cessus, welcher in der frühern Verhandlung den Einwand des Anastasischen Gesetzes nicht gemacht hatte und rechtskräftig zur Zahlung des ganzen Forderungsbetrages verurtheilt ist, jenen Einwand im Wege der Restitution nachholen, so liegt ihm ob, vollständig zu beweisen, wieviel der Kläger weniger, als ihm zugesprochen, für die Forderung gegeben hat.

20) OAGE. vom 6. Febr. 1824 (Pfeifer u. Müller ca Platzöder); vom 9. Febr. 1841 Nr. 586 39/40.

21) OAGE. vom 12. Dez. 1822 (Morgenstern ca Gerbig). Bl. f. RA. Bd. IV S. 76.

22) Ueber die Natur dieses Noven-Eides vgl. die Nov. von 1819 §. 7 Nr. 2.

gebrachten nicht beanstandet, so ist Implorant der Nachweisung dieser Eigenschaft überhoben [23]). Erklärt sich Implorant auf Verlangen bereit, den Noven-Eid zu leisten, sein Gegner erbietet sich aber zur Erprobung des Gegentheils [24]), so ist diesem Antrage unter Vorsteckung einer Frist stattzugeben [25]). Kommt es von der einen oder andern Seite zu einer Beweisführung in Betreff der Neuheit, so ist sie, wie überhaupt bei Incidentpunkten summarisch zu pflegen [26]). — Ist der Restitutionssucher gestorben, oder die Restitution von den Erben einer Parthei des frühern Prozesses gesucht, so genügt es, wenn die Erben den Noven-Eid in der Kredulitätsform ableisten [27]).

3. Restitution der Minderjährigen und juristischen Personen [28]).

„Minderjährige selbst sollen sich der Restitution **contra sententiam** auf keine andre Weise, als **ex novis** zu „erfreuen haben, es zeige sich denn, daß zu ihrem merk-

23) Bl. f. RA. Bd. IV S. 76.

24) „Daß dem Impetranten das angebliche novum vorhin schon „genügend bekannt und leicht beizubringen gewesen.“

25) v. Stürzer CSV. S. 816. Im Falle Mißlingens oder unvollständigen Gelingens dieser Beweisführung kann der Implorat auf das Begehren des Noven-Eides nicht mehr zurückkommen.

26) Vgl. Komment. Bd. III S. 11 Nr. 3.

27) Bl. f. RA. Bd. VIII S. 395. Anderer Meinung v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 197.

28) Daß der Gegner eine gleichbegünstigte Person ist, steht dieser Restitution nicht im Wege. Vgl. OAGAkt. Nr. 833 20/21; 571 34/35; 943 33/34. — War der Minderjährige nicht gehörig vertreten, so bedarf es, wegen der vorhandenen Nichtigkeit, der Restitution nicht. Vgl. **Fr. 16 pr. de minor** (4, 4).

„lichen Nachtheile in processu etwas ihrerseits unterlassen, „oder andrerseits gefährlicher Weise begangen worden sei."

Die Restitution wegen Minderjährigkeit [29]) ist durch eine, nicht blos unbedeutende, Verletzung bedingt. Daß der Prozeß verloren worden, macht an und für sich eine Verletzung nicht aus; eine solche ist aber vorhanden, wenn der Verlust im Kausalzusammenhange mit einer in Vertretung des Minderjährigen begangenen Versäumniß oder einer vom Gegner gespielten Gefährde steht [30]). Nicht jede Versäumniß dient zur Begründung der Restitution; wenn das Versäumte als unerheblich für den Ausgang des Prozesses erscheint, findet die Restitution nicht statt [31]); eben so wenig, wenn der gegnerische [32]) Betrug oder Zwang [32a]) in seinem Ergebnisse ohne entscheidenden Einfluß auf das Schicksal des Prozesses war. — Durch Voraus-

29) Auf andre unter Kuratel stehende Personen und auf die Kuratelen von Vermögensmassen kann diese Rechtswohlthat nicht ausgedehnt werden. Kurhessische Zsch. f. R. u. Gs. H. I S. 143 Nr. 10.

30) Daß die rechtskräftige Sentenz nach der bisherigen Aktenlage ungerecht und verletzend war, ist für sich allein kein Restitutionsgrund für den Minderjährigen. (Andres nach gemeinem R.; s. Fr. 42 de minor. (4, 4), vgl. Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen. H. I S. 127.) — Wohl aber kommt die Ungerechtigkeit des Urtheils in Betracht, wenn die Restitution für den Minderjährigen auf dem Grunde eines Versäumnisses gesucht wird. S. unten Abschn. 6.

31) Mangelhaftigkeit der Rechtsausführung kann als erhebliche Versäumniß nicht angesehen werden, weil es dem Richter obliegt, das in dieser Beziehung den Parthei-Vorträgen Mangelnde zu ersetzen. GO. Kap. IV §. 8. v. Stürzer (CRV.) S. 819.

32) Ein von einem Dritten gespielter Betrug kommt nicht in Betracht, sofern nicht der Gegner dabei im Spiele war.

32a) Vgl. Kreittmayr Anmerk. zu GO. XVII §. 1 lit. m mit Fr. 2 §. 8 de vi bon. rapt. (47, 8).

klagung des nachlässigen Vertreters (Vormunds) ist die Restitution der Minderjährigen nicht bedingt [33]).

Kirchen, Gemeinden und Korporationen [34]), fromme und gemeinnützige Stiftungen [35]) sollen den Minderjähri-

33) Eine andre (in den Bl. f. RA. Bd. I S 17 adoptirte) Ansicht hat Kreittmayr in der Note b ausgesprochen. Allein 1) unter den remediis ordinariis, deren Uebrigseyn die Restitution ausschließen soll, werden in Nr. 1 des §en nur Rechtsmittel gegen den Prozeßgegner aufgeführt. 2) Auch die Volljährigen haben sich der Restitution gegen Urtheile zu erfreuen, wenn die Ausklagung des nachlässigen Sachführers keinen Erfolg hatte (s. unten Abschnitt 4); die Minderjährigen würden also, wenn auch ihrerseits die Restitution durch eine solche Vorausklagung bedingt wäre, gar nichts voraus haben. Die Fassung des dritten Satzes in Nro. 2 des §. 1 giebt aber deutlich zu erkennen, daß die Minderjährigen in Bezug auf Restitution wegen Versäumnisse des Vertreters etwas voraus haben sollen. 3) Auch nach dem subsidiär zu berücksichtigenden gemeinem Rechte ist die Restitution der Minderjährigen durch vorgängige Belangung des Vormunds, welcher die Verletzung verschuldet hat, nicht bedingt. Const. 3 si tut. vel curat. interven. (2, 25): „Etiam in his, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit.“ — 4) Auch das Bayer. LR. I, 7 §. 30 Nr. 1 stimmt überein.

34) Kreittmayr in den Anmerk. zum Landrecht Th. I Kap. VII §. 36 Nr. 8. „Jure Minorum gaudiren . . . . . . in Summa all andere approbirte Communitäten, Corpora vel Collegia.“ Es macht also keinen Unterschied, daß die als Rechtssubjekt vom Staate anerkannte Gemeinheit Zwecken des Erwerbs oder der Geselligkeit gewidmet ist.

35) Zu den piis causis gehören, außer den religiösen, auch alle gemeinnützigen Stiftungen, wenn gleich der Begriff der Wohlthätigkeit im engern Sinne nicht darauf passen sollte, insbesondre die Anstalten und Stiftungen für Er-

gen in der Restitution gegen Urtheile gleichgeachtet werden. Für den königl. Fiskus[36]) aber soll das Motiv, daß zu seinem Nachtheile im Prozesse etwas unterlassen worden sei, ein Restitutionsgrund nur unter der Voraussetzung seyn, wenn **a)** der prozeßführende Fiskal gegen seine Instruktion oder Vollmacht[37]) etwas unterlassen hat, wovon der Verlust des Prozesses die Folge war und **b)** die Erholung der Entschädigung für das Staatsärar wegen Insolvenz des Fiskals nicht möglich gewesen ist.

Die Restitution auf dem Grunde der Minderjährigkeit und Quasiminderjährigkeit kommt Streitgenossen, welche sich gleicher Rechtsbegünstigung nicht zu erfreuen haben, nur insofern zu Gute, als sich die Gerechtsame des Minderjährigen oder der juristischen Person von der ihrigen nicht absondern läßt[38]).

4. Restitution im Falle Prozeßverlustes durch Verschulden des insolventen Anwalts.

Die GO. bestimmt in Kap. VII §. 10:

ziehung und Bildung, und zwar sowohl im Gebiete der Wissenschaft als in dem der Kunst. Der Begriff der Gemeinnützigkeit darf nicht im Sinne eines handgreiflichen materiellen Nutzens aufgefaßt werden. Gemeinnützig ist Alles, was die Entwicklung der Menschheit befördert, und wer wollte bezweifeln, daß die schönen Künste diesen Zweck fördern?

36) Nov. v. 1837 §. 39. In Ansehung des ältern Rechts vgl. Vdng. v. 6. März 1759 und 16. Aug. 1779. (Nov. Samml. I 298—9.)

37) D. h. gegen die ihm in Bezug auf den verlorenen Prozeß ertheilte Instruktion oder Vollmacht.

38) GO. XVI §. 1 Nr. 12. In den Anmerk. heißt es: „Causa individua aber wird in diesem Falle genannt, wenn das Recht des Minderjährigen mit dem Rechte andrer Litiskonsorten dergestalt verknüpft ist, daß er das seinige nicht wohl genießen kann, insoferne nicht zugleich die andern in den Mitgenuß aufgenommen werden." Vgl. OAGE. v. 19. Dez. 1827 (Egerer c^a Fiskus).

„Der Anwalt ist seinem Prinzipal nicht nur allen „Schaden, welchen er ihm durch seinen **Unfleiß** „**oder Verschulden**[39]) zugefügt hat, zu vergüten „schuldig, sondern wenn er nicht mehr **solvendo** ist, „so soll . . . mit Restituirung des Prinzi„pals gleichwohl die Billigkeit beobachtet „werden."

Daß zufolge dieser Gesetzstelle Restitution gegen **Urtheile** gesucht werden könne, läßt sich im Hinblick auf §. **39** Abs. **3** der Novelle von **1837** nicht bezweifeln. Nach dieser neuesten Vorschrift soll die Bestimmung des Kap. **VII** §. **10** der GO. analoge Anwendung finden, wenn der Verlust des Prozesses Folge instruktionswidriger Unterlassung des insolventen Fiskals war. Eine Restitution nach verlornem Prozesse kann nur **restitutio contra sententiam** seyn[40]). Bei Fiskalen findet sie in analoger, bei Anwälten volljähriger Personen in direkter Anwendung der angeführten Stelle der GO. statt. Hierin zeigt sich die Bedeutung der Schlußstelle des §. **38** Abs. **1** der Novelle von **1837**:

„vorbehaltlich dessen, was im **cod. jud. cap. VII** §. **10** „verordnet ist."

39) Hieher gehören insbesondre Versehen des Anwalts in der materiellen Rechtsvertheidigung.

40) Der Kgl. Justizminister Frhr. v. Schrenk, hat in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 10. Okt. 1837 von der hier in Frage befindlichen Rechtswohlthat geäußert: sie bestehe darin, „daß er (der Fiskus), wenn etwas zu seinem Nachtheile im Prozesse geschehen ist, und er Schaden dadurch gelitten hat, gegen die ihn beschädigende Sentenz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen kann." Dabei bemerkte der Redner, daß eine solche Rechtswohlthat selbst den Volljährigen in Cod jud. cap. VII §. 10 zugestanden sey. S. Verh. der K. d. Abg. von 1837 Bd. XX S. 232—46. (Moritz Real-Commentar S. 432.)

Es soll zwar im Laufe des Prozesses ein Verschulden des Anwalts kein Grund der Restitution gegen Versäumniß von Fristen und Terminen seyn; ist aber der Prozeß in Folge des anwaltlichen Verschuldens verloren gegangen [41]), so kann der Unterliegende, im Falle der Insolvenz des Anwalts, Restitution gegen die Sentenz begehren.

5. Restitutionsfrist.

In Ansehung der Zeit, binnen welcher die Restitution gesucht werden muß, bestimmt die GO. XVI §. 1 Nr. 3:

„Soll sie von der Zeit an, da sich obgedachte nova „vermöge abgelegten Eides hervorgethan haben, oder „wenn es noch während der Minderjährigkeit geschehen ist, von der Zeit der nach hiesigen Landrechten, „oder sonst aus spezieller Gnade erlangten Majorennität, längstens innerhalb vier Monaten sub „poena desertionis angebracht werden [42])."

Bei „Kirchen, Gemeinden, causae piae und dergleichen," soll die Restitutionsfrist (fatale quadrimestre) „von „der Zeit an, da sich die angeblichen nova hervorgethan „haben, oder wenn sie nicht ex capite novorum, sondern „ob laesionem ex propria negligentia vel dolo adver„sarii restituirt zu werden verlangen, a die publicatae „sententiae [43]), oder im Falle sich die Läsion erst nach

41) Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. IV S. 13—15.

42) Diese Vorschrift gilt auch für den Fall, wenn gegen die während der Minderjährigkeit erlittene Verletzung nicht auf dem Grunde neuen Vorbringens, sondern wegen begangenen Versäumnisses oder gegnerischer Gefährde Restitution gesucht wird.

43) D. h. derjenigen Sentenz, welche die (durch die Restitution zu rescindirende) Rechtskraft beschritten hat. Wenn die Nachlässigkeit in den Verhandlungen der ersten Instanz begangen war, der Verletzte aber durch ordentliche Rechtsmittel Ab-

„der Hand geäußert hätte [44]), von dieser Zeit ihren „Anfang nehmen.“

Bei der Restitution im Falle Prozeßverlustes durch Verschulden des insolventen Anwalts kann die Frist erst von der Zeit gerechnet werden, da sich die Insolvenz des Anwalts herausgestellt hat.

Die Restitutionsfrist ist eine Nothfrist (fatale); Verlängerung durch den Richter findet nicht statt.

6. Gericht, bei welchem die Restitution zu suchen ist.

Die GO. bestimmt hierüber in Nr. 4:

„allezeit vor dem Richter erster Instanz, ungeachtet „etwa die Sentenz von dem obern Richter ergangen ist.“

Als Motiv dieser Vorschrift ist in den Anmerkungen

hülfe gesucht hat, so läuft die Restitutionsfrist erst von Kundmachung des ober= resp. oberstrichterlichen Urtheils. — War das Versehen im Vorbereitungsverfahren vorgekommen, und darauf zunächst ein Beweisinterlokut gefolgt, so sind die Worte „a die publicatae sententiae“ auf dieses zu beziehen.

44) Z. B. erst bei später eingetretenem Beamtenwechsel wird entdeckt, daß der frühere Stiftungsbeamte eine ihm vorgelegene Urkunde nicht benützt und dadurch den Verlust des Prozesses herbeigeführt habe. (Ein Fall der restit. ex capite novorum ist dies nicht, weil ja die fragliche Urkunde dem damaligen Vertreter der moralischen Person nicht unbekannt war.) — Die fragliche Stelle der GO. kann aber nicht so verstanden werden, daß die Nothfrist neu zu laufen beginne, wenn der Verletzte resp. sein Vertreter erst später aus der nachherigen Entwicklung des Prozesses, oder durch die Deutung, welche der Richter der fraglichen Sentenz giebt, zur Einsicht über die rechtlichen Folgen der begangenen Nachlässigkeit oder vorgefallenen Unterlassung gekommen zu seyn behauptet. Bl. f. RA. Bd. I S. 19.

unter Bezugnahme auf **Fr. 17 de minoribus (4, 4)** angegeben: „weil sie (die Restitution) sich nicht auf Ungerechtigkeit oder Unerfahrenheit des Richters, sondern auf „Ursachen, welche des Richters Ehre nicht angreifen, fundirt.“ Dieser Grund paßt nicht auf alle Fälle der Restitution gegen Urtheile[45]), insbesondere nicht auf diejenigen, welche durch die Vorschriften der Novelle von **1837** hinzugekommen sind. Aus dem Grunde der Minderjährigkeit oder Quasiminderjährigkeit (der juristischen Personen) findet jetzt Restitution gegen Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr statt (s. unten Abth. **II** dieses §en); wohl aber Restitution gegen das durch den Ablauf der Berufungsfrist rechtskräftig gewordene Urtheil, vorausgesetzt, daß dessen Inhalt den Restitutionssucher wirklich verletzt hat. Ob nun dies der Fall gewesen, kann offenbar nicht derselbe Richter, sondern nur der höhere beurtheilen. Darum erscheint es als ein nothwendiger Folgesatz, daß hier die Restitution gegen das rechtskräftige Urtheil nicht in der ersten Instanz, sondern bei dem höhern Richter, an welchen rechtzeitig zu appelliren früher versäumt worden, gesucht werden müsse. Die allgemeine Vorschrift der GO. steht nicht entgegen; Fälle der hier in Frage befindlichen Art hatte der Gesetzgeber dabei nicht vor Augen. **„Etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult“** [46]).

Ueber

45) Bl. f. RA. Bd. I S. 399 f.; wo ein oberrichterliches Urtheil mitgetheilt ist, in welchem angenommen wurde, daß eine nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheils, wegen der durch Unterlassung der Berufung gegen das Beweisinterlokut erlittenen Verletzung, auf dem Grunde der Minderjährigkeit gesuchte Restitution — bei dem für die Appellation gegen das Beweisinterlokut zuständigen Obergerichte anzubringen sey.

46) Fr. 13 §. 2 de excus. (27, 1). Vgl. Fr. 17 de legibus und Savigny Röm. R. Bd. I §. 37 S. 230 ff.

Ueber die Incident-Restitution bei der Begründung der Appellation durch Nova s. oben S. 74 f. und 88—9.

7. Restitutionsgesuch und Restitutionsverfahren.

Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) Das Restitutionsgesuch muß die Verletzung bezeichnen, welche Implorant durch das Urtheil erlitten zu haben vermeint, hiernächst die Begründung (durch neue Thatsachen, neue Beweismittel, Minderjährigkeit resp. Quasiminderjährigkeit mit Angabe der nachtheiligen Unterlassung oder der gegnerischen Gefährde, — Verschulden des Anwalts und Insolvenz desselben) vortragen [47]), und mit einer die erstrebte Abhülfe ausdrückenden Bitte schließen [48]). Bei Restitutionsgesuchen auf dem Grunde neuer Thatsachen hat die Antretung des erforderlichen Beweises sogleich mit Anbringen des Gesuches zu geschehen [49]). Neue Urkunden sind wenigstens in Abschrift dem Restitutionsgesuche beizulegen, bei neuen Zeugen die Artikel, worüber sie vernommen werden sollen, sofort mit demselben einzureichen [50]). Das in dem frühern Prozesse nicht vorgekommene Erbieten zum Erfüllungseide kann mit dem Restitutionsgesuche nicht nachgeholt werden; wenn nicht die

47) Der Mangel einer bestimmten Zeitangabe über das Auffinden der Nova ist nicht schädlich; indem der Zeitpunkt der Auffindung erst durch Beanstandung der Neuheit von Seite des Gegners relevant wird. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 76 Nr. 2.

48) Sollen mittels der Restitution, nachdem dem rechtskräftigen Interlokute auch bereits ein rechtskräftiges Enderkenntniß gefolgt, neue Thatsachen geltend gemacht werden, so ist um Rescission der beiden Erkenntnisse zu bitten. S. auch Note 45

49) Kann sie anders nicht als aus solchen novis ergriffen werden, welche .... vollständig und genug erwiesen sind."

50) Ueber die Zulässigkeit neuer Artikel im Restitutionsverfahren — Bl. f. RA. Bd. VII S. 272, Bd. VIII S. 399.

frühere Beweisantretung (z. B. blos durch Eideszuschiebung) von der Art war, daß dabei ein Erbieten zum Erfüllungseide gar nicht vorkommen konnte [51]).

2) Der Richter prüft das Restitutionsgesuch, wie eine Klage. Waren die als neu vorgebrachten Thatsachen schon in den frühern Verhandlungen [52]) vorgekommen oder sind sie unerheblich, erscheinen die angeblich neuen Beweismittel als altbekannt oder als nicht geeignet, das urtheilsmäßige Resultat der frühern Beweisführung merklich zu verändern, oder muß nach dem eignen Vorbringen des Imploranten die Versäumung der Restitutionsfrist angenommen werden, so erfolgt Abweisung des Restitutionsgesuchs von der Gerichtsschwelle [53]). Fehlt es blos an einer solchen Beweisantretung über die neuen Thatsachen, welche Lieferung vollständigen Beweises in Aussicht stellt, so wird das Gesuch — bei noch laufender Frist — „angebrachtermaßen" abgewiesen.

Stellt sich das Gesuch als geeignet zur Verhandlung dar, so wird zu diesem Zwecke Tagfahrt anberaumt [54]), und zwar mit dem Bedeuten, daß im Falle Nichterscheinens des Imploraten mit dem Beweise der Nova resp. mit Benützung der neuen Beweismittel weiter verfahren werden solle. Sind mit dem Restitutionsgesuche Urkunden vorgelegt, oder hat der Implorant den Beweis einer neuen Thatsache durch Eideszuschiebung angetreten, so ist in der

51) v. Gutermann in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 201.

52) D. h. in den dem angefochtenen Urtheile vorhergegangenen.

53) GO. XVI §. 1 Nr. 8. Bei Kollegialgerichten ist hiezu ein Kollegialbeschluß erforderlich. Bl. f. RA. Bd. VI S. 176.

54) In schriftlich verhandelten Sachen wird schriftliche Erklärung abgefordert. — v. Gutermann (Bl. f. RA. Bd. VI S. 179) bemerkt ganz richtig, daß in den Fällen, wo der Gegner nur die Neuheit der fraglichen Behelfe in Zweifel zieht, der Stoff zu einer weiteren Verhandlung ermangle.

Ladung der Implorat (nach den in Bd. III S. 151—2 und S. 300 vorgetragenen Regeln) zur Erklärung darüber aufzufordern [55]). Bestreitet der Implorant in der Tagfahrt das Daseyn der Restitutions-Erfordernisse resp. die Statthaftigkeit oder Erheblichkeit der neuen Beweisführung, so wird hierüber Verhandlung gepflogen, und nach deren Schluß entweder auf Abweisung des Restitutionsgesuches [56]) erkannt, oder in Ansehung der zu erhebenden Beweise prozeßleitende Verfügung erlassen [57]). Solche Verfügung ergeht zunächst über Ableistung des Noveneides, wenn Implorant, nachdem Implorat die Nachweisung der Neuheit verlangt, sich dazu erboten hat [58]). — Gegen die Beweisführung über neue Thatsachen hat Implorat das Recht der Gegenbeweisführung ohne Beschränkung; neuen Beweismitteln kann Implorat weitere Gegenbeweismittel, welche er schon früher gekannt hat und zu benützen nicht gehindert war [59]), nicht entgegensetzen, wohl aber mit allen auf Vernichtung ihrer Beweiskraft gerichteten Probemitteln (s. B. III S. 34 lit. c) begegnen [60]). — Da es sich hier nicht von einer ordentlichen, durch Beweis-

55) Die Eventualmaxime rechtfertigt es, diese Erklärung schon in dem ersten Dekrete auf das Restitutionsgesuch abzufordern. Vgl. Komment. Bd. I S. 318.

56) Vgl. v. Gutermann a. a. O. S. 180.

57) Hat sich Implorat an der abgeforderten Erklärung über Urkunden oder Eideszuschiebung versäumt, so kann es auch sofort zum Enderkenntnisse kommen.

58) Will Implorant die Neuheit auf andre Weise darthun, so ist ihm durch Präklusivfrist hiezu eine Frist vorzustecken. S. übrigens oben S. 152 lit. e.

59) S. oben S. 150 Note 12.

60) Es ist der Eventualmaxime entsprechend, die Aufforderung zur etwaigen Gegenbeweisführung schon in dem das Restitutionsgesuch mittheilenden Dekrete zu erlassen. v. Gutermann a. a. O. S. 204.

interlokut eingeleiteten Beweisführung handelt, so sind über die Aussagen neuer Zeugen resp. der über die neuen Thatsachen vernommenen Zeugen, Deduktionsschriften nicht zuzulassen [61]).

3) Die beiden Fragen:

a) ob die Restitution zu ertheilen?

b) wie das frühere Erkenntniß in Folge derselben abzuändern?

werden sowohl in der Verhandlung als in dem nach durchgeführtem Verfahren ergehenden Urtheile zusammengefaßt, und, wo nicht Abweisung des Restitutionsgesuches erfolgt, mit der Rescission der angefochtenen Sentenz zugleich von neuem in der Sache selbst erkannt [62]).

8. Suspensiveffekt eines Restitutionsgesuches [63]).

Ein Restitutionsgesuch, welches vor dem Endurtheile gegen einen in Rechtskraft übergegangenen, selbstständig appellablen Zwischenbescheid, z. B. das Beweisinterlokut gerichtet wird, und die Grundlage des weiteren Verfahrens zu verändern strebt, hemmt den Fortgang desselben [64]).

Ein Restitutionsgesuch nach ergangenem Endurtheile soll einen Aufschub der Exekution nur in sofern bewirken, als

„die **causa restitutionis**, oder das angebliche **novum**

61) Die das Verfahren betreffende Vorschrift (XVI §. 1 Nr. 4) enthält keine Hinweisung auf die Formen des ordentlichen Zeugenbeweises, trägt vielmehr das Gepräge des summarischen Verfahrens.

62) GO. XVI §. 1 Nr. 9.

63) GO. XVI §. 1 Nr. 7.

64) Bei gemeinschaftlicher Verhandlung mehrerer Klagposten kann, wenn das Restitutionsgesuch nur einen derselben betrifft, Separation eintreten.

„so weit deducirt und bescheinigt ist, daß der Richter „leicht erachten kann, es sey nicht ohne Grund."

Auch kann ein Restitutionsgesuch immer nur Aufschub der noch bevorstehenden Exekutionshandlungen, nicht Rückgängigmachung der schon vollzogenen bewirken [65]), z. B. nicht die Zurückgabe der bereits gerichtlicher Beschlagnahme unterworfenen Sachen.

Kann der Sieger im Hauptprozesse für den Fall seines Unterliegens im Restitutionsverfahren Kaution stellen, so fällt der Aufschub der Urtheilsvollstreckung weg [66]).

9. Rechtsmittel gegen Urtheile über das Restitutionsverfahren.

Jeder Parthei, welche durch Abschlagung oder Bewilligung der Restitution beschwert zu seyn glaubt, steht — bei dem Daseyn der allgemeinen Voraussetzungen — der Appellationsweg an den höhern Richter offen. — Ein weiteres Restitutionsgesuch kann nur stattfinden, wenn es andere Punkte betrifft, oder auf andere, erst neuerlich vorgekommene resp. in Erfahrung gebrachte, Nova gebaut ist [67]). — Restitutionsgesuche gegen Versäumniß der Restitutionsfrist sind nach den unter II vorgetragenen Grundsätzen zu beurtheilen.

II.
Von der Restitution gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen.

Hierüber verordnet die Novelle von 1837 §. 38 [68]):

65) „Hat gegenwärtiges Remedium nur insoferne effectum „suspensivum, als es noch vor wirklicher Exekution „gebührend interponirt . . ."

66) Novelle vom 24. Sept. 1766 (Nov. Sammlung I, S. 300).

67) Bl. f. RA. Bd. I S. 20.

68) Von der frühern Gesetzgebung abweichend, indem diese a) die

„Gegen das Versäumniß von Fristen oder Terminen „findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Cod. jud. „cap. XVI §. 1 Nr. 11) nur dann statt, wenn nachgewie„sen wird, daß sowohl der Einhaltung der Frist oder des „Termines, als der Stellung eines Gesuches um Verlän„gerung oder Verlegung eine rechtserhebliche Ursache (§. 35 „und 36) im Wege gestanden sey; vorbehaltlich dessen, „was im cod. jud. cap. VII §. 10 verordnet ist."

„Das Gesuch muß bei Strafe des Ausschlusses inner„halb einer unerstrecklichen Frist von 14 Tagen von der „Zeit an, wo sich das Hinderniß gehoben hat, angebracht „werden [69]). Mit demselben ist unter dem nämlichen „Rechtsnachtheile die versäumte Handlung zu verbinden."

„Ueber das rechtzeitig angebrachte Gesuch ist in der „Regel der Gegentheil unter Ansetzung einer kurzen Frist

Minderjährigkeit als Grund der Incident-Restitution zugelassen; b) jede rechtserhebliche Ursache, ohne nähere Bestimmung für hinreichend erklärt; c) sich mit Bescheinigung des Restitutionsgrundes begnügt, und d) in Ansehung der Zeit bestimmt hatte, daß die durch den Eintritt des Hindernisses unterbrochene Frist nach Beseitigung desselben fortlaufe, und die Restitution vor deren Ablauf zu suchen sey. S. die folgende Note.

69) Ueber das Gericht, bei welchem das Gesuch anzubringen, bestimmt die GO. XVI §. 1 Nr. 11: „Zweitens soll dieselbe „contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis alle„zeit innerhalb so vieler Zeit, als man zuvor re adhuc „integra gehabt hätte, und zwar im ersteren Falle bei „dem höhern Richter, im letzteren aber bei dem „Richter, welcher den terminum praejudicia„lem ertheilt hat, gesucht werden." Das Letztre ist aber nicht so zu verstehen, daß das Restitutionsgesuch bei dem Oberrichter anzubringen sey, wenn z. B. ein Beweistermin versäumt worden, welchen der Oberrichter in einem abändernden Berufungs-Erkenntnisse vorgesteckt hat. S. Bl. f. RA. Bd. IV S. 415.

„oder in einem anzuberaumenden Termine, mit Androhung „des Rechtsnachtheiles, daß das Gesuch für bewilliget „erachtet werden würde, zu vernehmen.“

Zur Erläuterung dieser Gesetzesvorschrift wird bemerkt:

1) Voraussetzung der hier bestimmten Rechtshülfe ist, daß eine Frist oder ein Termin versäumt, d. h. nicht eingehalten worden [70]). Wurde die Frist wirklich eingehalten, und die Versäumniß vom Richter nur aus Irrthum angenommen, so ist der Fall nicht zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sondern zur Abhülfe durch Zurücknahme des aus Irrthum erlassenen Dekretes geeignet [71]).

Wenn die Handlung, für welche die Frist oder der Termin bestimmt war, wirklich vorgenommen wurde, sich aber später zeigt, daß ein gewisses sachdienliches Vorbringen unterblieben und aus dieser Unterlassung Nachtheil erwachsen ist, so kann zwar keine Restitution gegen Fristversäumniß vorkommen, wohl aber eine Incidentrestitution gegen den Ablauf der Frist, zu dem Ende, um das unterbliebene Vorbringen nachzutragen. — Hieher gehört die Nachbringung neuer Einreden nach GO. Kap. VI §. 13 a. E., sowie neuer Beweismittel zufolge Kap. IX §. 13 [72]).

---

70) Daß die Vorschriften der §§. 38 u. 39 auch auf die Nothfristen der höhern Instanzen zu beziehen seyen, erhellt aus der in der Ueberschrift des Abschnitts vorkommenden Allegation der GO. XVI, §. 1 Nr. 11, welche Stelle von der restitutio contra lapsum fatalium aut termini praejudicialis spricht.

71) S. Bd. II S. 227, Bd. III S. 345 Note 345, Bd. IV S. 112 — Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 73, Bd. VII S. 289.

72) S. auch in Betreff des Widerrufs früherer Geständnisse — oben Note 9, 19; in Betreff des Widerrufs einer frühern Eideszuschiebung Kreittmayr in den Anmerk. zur GO.

Hat der Richter bereits die nachtheilige Folge des Versäumnisses in einem Kontumazial- oder Desertionserkenntnisse ausgesprochen, ohne daß zuvor der dadurch Benachtheiligte über den Vorwurf des Versäumnisses gehört war[73]), so ist mit dem Gesuche um Restitution gegen das Versäumniß die Bitte um Zurücknahme des in Folge des Versäumnisses ergangenen Erkenntnisses zu verbinden. Da dieses ohne Vernehmung beider Theile über die motivirende Thatsache erlassen worden, so unterliegt die Zurücknahme durch denselben Richter nach GO. XIV §. 1 §. 9 pr. und §. 11 Nr. 3 keinem Bedenken[74]). Nur gegen das Versäumniß wird hier Restitution gesucht, die Bitte um die Zurücknahme des Erkenntnisses hat die Natur der Remonstration. Ob mit dem Kontumazialausspruche folgeweise zugleich in der Hauptsache erkannt worden, macht keinen

XIII §. 2 Nr. 5: „Wie aber, wenn sich post acceptationem aut relationem nova reperta hervor thun? — in diesem Falle wird revocatio juramenti delati von keinem Autor diffikultirt." — Die Zulassung der vor dem Urtheile geschehenden Nachtragung neuer Einreden oder Beweismittel ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich als Restitution bezeichnet; aber der Beschaffenheit der Sache nach steht sie unter diesem Begriffe; auf den Namen kommt es überhaupt nicht an. — Soll die Nachbringung neuer Einreden erst geschehen, nachdem ein in Mitte liegendes Interlokut rechtskräftig geworden, so ist der Fall einer restit. contra sententiam gegeben. Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 399 f.

73) Ein solches Gehör hat stattgefunden, wenn in der verspäteten Beweisantretung oder Berufungsschrift oder mit Einreichung derselben um Restitution gegen Nichteinhaltung der Beweis- resp. Berufungsfrist gebeten wurde. — Aber wie häufig kommt es vor, daß eine Parthei oder ihr Anwalt erst durch das Kontumazial- oder Desertions-Erkenntniß von der stattgefundnen Versäumniß Kunde erhält?

74) Vgl. GO. V §. 11 Nr. 7; Komment. Bd. III S. 343, 371.

Unterschied; nicht darauf, was erkannt worden, kommt es an, sondern auf den Umstand, daß es ohne Vernehmung beider Theile über die motivirende Thatsache geschah [75]. Anders verhält es sich, wenn das Erkenntniß in der Hauptsache nicht zugleich mit dem Kontumazialausspruche, sondern erst später erfolgte, nachdem mittlerweile die Frist zur Restitution gegen das Versäumniß unbenützt verstrichen war; nun ist die Restitution gegen das Versäumniß, und damit auch die Zurücknahme der durch dieses motivirten richterlichen Dekrete ausgeschlossen.

2) Zur Begründung des Restitutionsgesuches wird erfordert [76], daß „sowohl der Einhaltung der Frist oder „des Termines, als der Stellung eines Gesuches um Ver„längerung [77] oder Verlegung eine rechtserhebliche Ur„sache im Wege gestanden sey.“ Eine rechtserheb„liche Ursache des Versäumnisses ist als vorhanden anzunehmen [78], wenn ein unverschuldetes [79] Hinderniß [80])

75) Gönner hat dies bei Aufstellung seiner abweichenden Meinung (Komment. zur Nov. von 1819 S. 282, 293) nicht erwogen. Wenn die Beweisantretung des Klägers, als um einen Tag verspätet, zurückgewiesen und zugleich folgeweise auf Entbindung des Beklagten von der Klage erkannt wird, so kommt bei dem Daseyn eines Restitutionsgrundes die Berufung an den höhern Richter erst dann in Frage, wenn der erste Richter Restitutionsgesuch mit Remonstration als unbegründet verworfen hat. — Gönner's Meinung mag nur da gelten, wo das Versäumniß (z. B. einer nach Lage der Sache unwesentlichen Duplik) in Bezug auf den Inhalt der Sentenz nicht als motivirende Thatsache erscheint.

76) Abgesehen von dem Falle, wenn der Gegner sich für die Bewilligung erklärt; Bl. f. RA. Bd. VII S. 320.

77) Bei Nothfristen kann natürlich von Verlängerung keine Rede seyn.

a) „dem Gesuchsteller das Handeln oder das Erschei-„nen bei der Verhandlung und in demselben Maaße auch „die Bestellung und Unterrichtung eines Bevollmächtig-„ten [81]), oder

b) „dem unterrichteten Bevollmächtigten das Handeln „oder Erscheinen in Person oder auch durch einen Bevoll-„mächtigten unmöglich gemacht [82]), oder

78) Vgl. §. 35, 36 der Nov. von 1837.

79) Auch schon geringes Verschulden ist nachtheilig. Indessen ist auf die Beschaffenheit des Handelnden, auf dessen Geschlecht, Alter, Geistes- oder Körperkräfte u. dgl., als auch auf andere begünstigende oder hindernde Umstände, Zeit- und Ortsverhältnisse u. dgl. billige Rücksicht zu nehmen. Fr. 137 §. 2 de V. O. (45, 1): „et magis est, ut totam eam rem ad judicem, id est, ad virum bonum remittamus." Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 31.

80) Das Hinderniß kann auch in einem Irrthum der Parthei oder des Anwalts bestehen, in welchem Falle die Wirksamkeit für die Restitution von der Entschuldbarkeit abhängt. Bl. f. RA. Bd. I S. 319. In einem vorgekommenen Falle hat das OAG. die Verwechslung der Brief- und Fahrpost als ein entschuldbares Versehen betrachtet. Bl. f. RA. Bd. V S. 192 lit. f. — In einem andern Falle wurde der durch Verleitung des Gegners irrenden Parthei Restitution ertheilt. Bl. f. RA. Bd. V S. 110. — Daß der Insinuationstag von der Parthei dem Anwalt unrichtig angegeben war, ist kein Restitutionsgrund. Bl. f. RA. Bd. I S. 319. — Die Strenge des in den Bl. f. RA. Bd. VI S. 221 angef. Urtheils ist nicht zu billigen.

81) Hieher gehören verzögerte Beigebung eines Offizialanwalts und Verspätung der Akteneinsichts-Gestattung. Bl. f. RA. Bd. V S. 192.

82) Erschwerung genügt nicht. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 31, 47, Bd. IX S. 128. Zur Erläuterung des Ausdrucks „unmöglich gemacht" dient das oben in Note 79 Bemerkte. Auch hier muß das arbitrium boni viri walten. Durch eine Geistesthätigkeit, wie sie nur seltenen Talenten eigen ist,

c) „die Erlangung der erforderlichen Aufklärung oder „Beweismittel des angewendeten größten [83]) Fleißes unge„achtet verzögert hat."

Verschulden des Anwalts ist kein Grund, eine Incident-Restitution für die Parthei zu erwirken; inwiefern Restitution gegen die Sentenz, wenn ein Verschulden des Anwalts den Verlust des Prozesses herbeigeführt hat, gesucht werden könne, ist oben S. **156** f. vorgekommen.

3) Die rechtserhebliche Ursache muß nicht blos bescheinigt [84]), sie muß nachgewiesen werden; es genügt nicht, ihr Daseyn wahrscheinlich zu machen, der Richter muß darüber volle Ueberzeugung erlangen. Uebrigens handelt es sich hier nicht von einer Nachweisung in den For-

durch Ueberspannung menschlicher Kraft, durch eine nur bei kleinlichen, furchtsamen, mißtrauischen Menschen vorkommende außerordentliche Aengstlichkeit wird Manches möglich gemacht was sonst als unmöglich erscheint. Aber solche außer der Regel stehende Eigenschaften dürfen nie in Anschlag kommen. Nebstdem handelt es sich überall nur von einer relativen Unmöglichkeit. Wenn eine Eingabe rechtzeitig auf die Post gegeben, und durch ein Naturereigniß am rechtzeitigen Eintreffen gehindert wurde, so war die Einhaltung der Frist unmöglich gemacht. Daß die Verhinderung nicht eingetreten wäre, wenn man die Eingabe einen Tag früher auf die Post gegeben hätte, kommt nicht in Betracht. — Zu den wirksamen Unmöglichkeiten gehört es auch, wenn es zufolge eines entschuldbaren Irrthums an dem Wissen fehlte, daß die Frist an einem gewissen Tage auslaufe.

83) Ein extremer außerordentlicher Fleiß wird nicht gefordert, vielmehr nur ein solcher, wie er von verständigen, thätigen besonnenen Menschen in der Regel zu erwarten ist. Vgl. übrigens Note **79**.

84) Wie nach älterem Rechte genügte. Vgl. GO. XVI §. **1** Nr. **11** mit Kap. V §. **11** Nr. **7** und Kap. XV §. **6** Nr. **5**. — Ueber den Unterschied von Bescheinigung und summarischer Nachweisung s. Komment. Bd. III S. **11**.

men und nach den Regeln des durch ein Interlokut eingeleiteten Beweisverfahrens, sondern von einer summarischen Probe, deren Mittel der Implorant sofort mit dem Restitutionsgesuche beibringt [85]. In der Instruirung hat der Richter freieren Spielraum [86], er kann unter Vorsteckung abgekürzter Fristen durch Prälokute (s. oben S. 15 Note 38) die Nachbringung besserer Behelfe oder nöthiger Beglaubigung der beigebrachten veranlassen [87], und, wenn die gelieferte Probe nur Wahrscheinlichkeit nicht volle Ueberzeugung begründet hat, zur Vervollständigung dem Imploranten die eidliche Bekräftigung auftragen [88]. In Zie-

85) Indem er die Beweiszeugen benennt, die Beweisurkunden sogleich vorlegt. Bittet er vor der Hand um Bewilligung einer Frist zur Lieferung des erforderlichen Nachweises, so kann sie nicht verweigert werden. S. die folgende Note.

86) Weil das Gesetz, indem es ganz unbestimmt Nachweisung fordert, und zwar das Anbringen des Gesuches, nicht aber die Nachweisung der rechtserheblichen Ursache an eine gewisse Frist bindet, hierin keine Schranken gezogen hat.

87) Will von der andern Seite ein Gegenbeweis geführt werden, so ist auch dieser auf gleiche Weise zu instruiren.

88) Auf dem Grunde der Gesetzgebung vor 1837 hat das OAG. in einem Erk. vom 6. Dec. 1841 (Bl. f. RA. Bd. VII S. 139—41) angenommen, daß der Eid des Imploranten allein zur Erprobung des Restitutionsgrundes genüge. Nach Vorschrift des §. 38 der Nov. von 1837 kann dies nicht mehr gelten; indem diese Nachweisung fordert, während sich das ältere Gesetz mit Bescheinigung begnügte. Aber die unbestimmte Vorschrift, Nachweisung sei erforderlich, schließt keineswegs die Annahme aus, daß dieselbe durch Zusammenwirken des Bescheinigungseides mit andern Probmitteln geliefert werden könne, nach Analogie der GO. XI §. 12 Nr. 2, 3. Vgl. Komment. Bd. III S. 204—5. In Ermangelung spezieller Bestimmung muß man Kap. IX §. 13 zur Richtschnur nehmen, und jede nicht gebotene Beschränkung der Behelfe und Beweismittel verwerfen. — Noch ist hier zu bemerken, daß der Eid allein genüge, wenn der Restitu-

hung des Resultates giebt die gewissenhafte Ueberzeugung des Richters insofern den Ausschlag, als es die Verweigerung der Restitution nicht rechtfertigt, wenn etwa an der Vollständigkeit der Nachweisung, nach dem juristischen Maßstabe, noch ein Geringes mangeln sollte [89]).

4) Aus der Nachweisung muß nicht blos der Eintritt des Hindernisses, sondern auch dessen Fortdauer in der ganzen Zeit erhellen, für welche der Implorant die Entschuldigung seiner Unthätigkeit in Anspruch nimmt. Von der Hebung des Hindernisses an läuft die unerstreckliche [90]) 14tägige Restitutionsfrist. Die hierüber gegebene Vorschrift paßt nicht auf diejenigen Fälle, in welchen der Restitutionssucher erst durch das die Folgen des Versäumnisses aussprechende Dekret in Erfahrung bringt, daß ein Versäumniß stattgefunden hat; so in dem Falle, wenn die rechtzeitig auf die Post gegebne Beweisantretungs- oder Berufungsschrift durch ein Naturereigniß am rechtzeitigen Eintreffen gehindert worden ist. Hier ist nicht die Handlung selbst, sondern nur deren Rechtzeitigkeit durch die rechtserhebliche Ursache verhindert worden, es ist nicht die Handlung selbst in einer gewissen Frist von Hebung des Hindernisses an mittels der Restitution nachzutragen, sondern diese soll nur die ohne Verschulden eingetretne Verspätung unschädlich machen. In solchen Fällen ist die 14tägige Frist von Insinuation des in Folge der Verspätung ergangenen Kontumazial- resp. Desertionserkenntnisses zu rechnen [91]).

tionsgrund in der bisherigen Unbekanntschaft, z. B. mit Einreden oder Beweismitteln besteht, welche nun incidenter nachgetragen werden sollen. Vgl. GO. Kap. VI §. 13 mit Kap. XV §. 5 Nr. 8.

89) Vgl. oben Note 79, 86.

90) Diese Eigenschaft bringt es aber nicht mit sich, daß nicht auch gegen den Ablauf der Restitutionsfrist Restitution gesucht werden könnte.

91) Bl. f. RA. Bd. V S. 191, Bd. VIII S. 47. Wenn in dem

Fällt die Hebung des Hindernisses noch in den Lauf der für die versäumte Prozeßhandlung vorgesteckten Frist, so steht es der Gewährung der innerhalb 14 Tagen von jener Hebung gesuchten Restitution nicht im Wege, daß der nach Beseitigung des Hindernisses übrige Theil der peremtorischen oder Nothfrist noch zur Vornahme der fraglichen Prozeßhandlung hätte benützt werden können [92]). Waren nach Hebung des Hindernisses noch volle 14 Tage übrig, so liegt in der Verkürzung der Frist durch die vorher stattgefundene Verhinderung kein Grund der Restitution gegen deren Versäumniß [93]).

Dekrete, welches die Appellationsschrift zur Nebenverantwortung mittheilt, der Tag des Einlaufs bemerkt ist, oder wenn in der Nebenverantwortung die Verspätung gerügt ist, so mag diese allerdings schon früher zur Notiz des Appellanten gekommen seyn. Allein keine Gesetzesvorschrift bestimmt den Anfang der Frist auf die Erlangung solcher Notizen. — Gleichwohl räth die Vorsicht, dieselben nicht unbenützt zu lassen, und zur Erlangung der Restitution vorsorglich alsbald einzuschreiten.

92) Die 14 Tage treten an die Stelle der von der GO. bewilligten „soviel Zeit, als man zuvor re adhuc integra gehabt hätte." — Z. B. nachdem 16 Tage der 30 tägigen Berufungsfrist verlaufen waren, trat ein Hinderniß von 10 tägiger Dauer ein. Obwohl nur die noch übrigen 4 Tage im gegebnen Falle hingereicht hätten, die Berufungsschrift anzufertigen, so kann doch im Falle des Versäumnisses die Restitution nicht versagt werden, wenn sie innerhalb 14 Tagen von Hebung des Hindernisses, in Verbindung mit Einreichung der Berufungsschrift, nachgesucht wird. S. die folgende Note. — (Der Verfasser hegt nicht den geringsten Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht, räth aber doch, es überall, wo nicht die Einhaltung absolut unmöglich, auf die Restitution gegen das Versäumniß nicht ankommen zu lassen.)

93) In den Motiven (§ 49) zum §. 38 heißt es: „Bei einer solchen festen Frist kann es nun zwar allerdings geschehen, daß der Parthei, welche eine 30tägige Frist zum Handeln

In Fällen der Incidentrestitution zur Geltendmachung neu aufgefundner Einreden oder Beweismittel (s. oben Nr. 1) laufen die 14 Tage von der Zeit, da die Nova in Erfahrung gebracht resp. zur Benützung bereit waren. Damit erfolgte die Beseitigung des bisherigen, in dem Nichtkennen resp. Nichtbenützenkönnen des neuen Behelfes gelegenen Hindernisses.

5) Die Vernehmung des Gegners über das Restitutionsgesuch ist in dem dritten Absatz des §. 38 nur als Regel vorgeschrieben. Ausnahmsweise kann die Restitution gegen Versäumniß einer Frist oder eines Termines[94]) von kurzer Hand (**brevi manu**) bewilligt werden, „wenn das „ehehafte Hinderniß ganz offenbar und kundig ist“[95]), z. B. eine Ueberschwemmung, durch welche das Eintreffen der Post um einige Tage verspätet wurde.

6) Die Bewilligung der Incidentrestitution wirkt die Zulassung der versäumten Handlung, resp. der neuen Behelfe, z. B. Einreden oder Beweismittel, woraus nur auch

hatte, aber sogleich nach der Insinuation der richterlichen Weisung in die Unmöglichkeit versetzt wurde, der Weisung zu genügen, anstatt der 30 Tage nur 14 Tage gewährt sind. Allein ein Durchschnitt muß gemacht werden, wenn nicht Alles unbestimmt bleiben soll. Der erwähnte Fall wird gewiß nur selten eintreten. Die Gesetzgebung hat sich nicht an Ausnahmen zu halten.“ — Hat ein gegebner Fall so eigenthümliche Schwierigkeiten, daß sich die Lösung der Aufgabe in den übrigen 14 Tagen als Unmöglichkeit darstellt, so bringt schon die Regel mit sich, der Restitution stattzugeben.

94) Handelt es sich von Nachtragung einer neuen Einrede oder eines neuen Beweismittels, oder liegt bereits ein Kontumazial- oder Desertionserkenntniß in Mitte, so kann die Vernehmung des Gegners nicht umgangen werden.

95) Vgl. GO. XV §. 6 Nr. 5 vgl. mit XVI §. 1 Nr. 11 „Drittens.“

für den Gegner die Befugniß erwächst, dem neuen Vorbringen durch geeignete Erklärungen und Behelfe entgegenzutreten [96]). Hatte das Versäumniß bereits ein Kontumazial- oder Desertionserkenntniß zur Folge gehabt, so führt die Bewilligung der Restitution dessen Zurücknahme herbei.

7) Die vorstehend entwickelten Grundsätze finden auch auf die Minderjährigen und die denselben Gleichgestellten, insbesondre den k. Fiskus, Anwendung; eine Rechtsbegünstigung derselben, in Bezug auf Restitution gegen den Ablauf von Fristen und Terminen, besteht nicht mehr [97]). Inwiefern sie Restitution gegen die Sentenz auf dem Grunde solcher Versäumnisse suchen können, ist oben S. 153 f. 159—60 vorgekommen.

§. 2.

Von dem remedio nullitatis [1]).

I.

Fälle unheilbarer Nichtigkeit.

Ob ein Urtheil civilgesetzlichen oder prozeßualischen Normen zuwiderlaufe, macht für die Fähigkeit zur Beschreitung

96) S. jedoch oben S. 163.

97) §. 39 der Nov. von 1837. Der hier ausgesprochene Vorbehalt der den Minderjährigen und Quasiminderjährigen nach den Civilgesetzen zustehenden Rechte bezieht sich auf die Restitution gegen den Rechtsakt, welcher zu dem Prozesse Anlaß gab, oder gegen Versäumnisse, welche dem Prozesse vorhergiengen, z. B. gegen eine Verjährung des Klagerechts oder gegen Erlöschung desselben in Folge der Nichteinhaltung eines Präklusivtermins. Vgl. OAGPlenarbeschluß v. 18. Mai 1842 (Regbl. S. 741—50).

1) v. Röder Beitrag zur Lehre von den Nichtigk. 1831; Linde Handb. Bd. V §. 226 ff.; Martin Lehrb. §§. 294

schreitung der Rechtskraft und für die Abwendung der Rechtskraft durch das Rechtsmittel der Berufung, im Allgemeinen keinen Unterschied. Auch die Verletzung prozeßualischer Vorschriften kann durch die Rechtskraft geheilt werden, wenn die Berufung versäumt wird oder die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels ermangeln. Es giebt jedoch Ausnahmsfälle, für welche verordnet ist, daß wegen der obwaltenden Mängel, ungeachtet der Unterlassung der Berufung oder der Ermanglung ihrer Voraussetzungen, die Rechtskraft des Urtheils nicht eintrete, der Vollzug desselben nicht stattfinde, und die Anfechtungsbefugniß erst durch den Ablauf von **30** Jahren erlösche. Urtheile dieser Kategorie werden als unheilbar nichtig bezeichnet. Grund unheilbarer Nichtigkeit [2]) ist

1) der Mangel der Jurisdiktion. Ein solcher ist vorhanden, **a)** wenn der entschiedenen Sache die Eigenschaft einer Justizsache fehlt, oder **b)** eine bei dem Forum für streitige Verwaltungssachen angestellte Klage als gemeine Justizsache abgeurtheilt wurde; **c)** wenn ein Gericht über einen Gegenstand geurtheilt hat, welcher seiner Beschaffenheit nach außer dessen Jurisdiktionsgränzen liegt [3]); oder **d)** ohne stattgefundene Proroga-

—5 und Bayer Vortr. zu diesen §en; Linde Lehrb. §. 417 ff.; Mittermaier gem. bürgerl. Proz. u. s. w. Beil. III §. IV.

2) Die Nichtigkeitsgründe liegen entweder in der Person des Richters (Nr. 1), oder in unbeachteten Substantialien des Verfahrens (Nr. 2), oder in dem Inhalte des Urtheils (Nr. 3), oder in der Person der streitenden Theile resp. ihres Vertreters (Nr. 4). — Fehlte es an der Anstellung der Klage, so ist gegen beschwerende richterliche Verfügungen die Extrajudicialbeschwerde zu gebrauchen. S. oben S. 61. Vgl. jedoch S. 66 Note 33, 34.

3) Wenn z. B. eine zur ausschließenden Jurisdiktions-Sphäre des Handelsgerichts gehörige Sache vor den gemeinen Gerichtsstadn gezogen wurde. Komment. Bd. I S. 195 Nr. 5.

tion [4]) über einen Beklagten oder über eine dingliche Klage [5]), für welche es nicht zuständig ist [6]); e) wenn es bei der Verhandlung oder Schlußfassung an der gehörigen Besetzung des Gerichtes mangelte [7]).

Ist der in Frage befindliche Mangel durch eine gerichtsablehnende Einrede des Beklagten Gegenstand einer Streitverhandlung unter den Partheien und richterlichen Ausspruchs geworden, so kann dieser Ausspruch die Rechts-

4) S. Komment. Bd. I S. 192—7. Vgl. Fr. 1 §. 2 quod quisque juris (2, 2); Fr. 170 de reg. juris; const. 1 de jurisdict. (3, 13); const. 1 et sequ. Si a non compet. jud. (7, 48). — Hat der Beklagte gar nicht geantwortet, so kann Prorogation nicht angenommen werden. — Hieher gehört es auch, wenn der delegirte Richter die Gränzen der Delegation überschritten hat.

5) Den dinglichen sind hier noch andre mehr auf die Sache gehende Klagen gleichgestellt. Vgl. Komment. Bd. I S. 70 ff.

6) Für die Beurtheilung der Berufungsförmlichkeiten ist der Oberrichter jedenfalls zuständig; daher kann eine unbegründete Zurückweisung oder Zulassung einer Berufung nicht als nichtig angefochten werden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 192.

7) Z. B. wenn ein Einzelrichter urtheilte, wo ein Kollegialschluß erforderlich war; wenn es an der durch die Kollegialordnung vorgeschriebenen Votantenzahl fehlte; wenn ein Gerichtsmitglied ohne Zutheilung oder Genehmigung von Seite des Gerichtsvorstandes gehandelt oder geurtheilt hat; wenn gegen die Vorschrift der Novelle von 1837 §. 9 Abs. 3 gefehlt worden; wenn ein Richter das Richteramt in eigner Sache, oder im Zustande physischer oder psychischer Unfähigkeit verwaltet hat. Daß sonst ein Grund vorhanden war, den Richter zu rekusiren, macht die Besetzung des Gerichtes, wenn die Rekusation nicht stattgefunden, nicht fehlerhaft (s. jedoch unten §. 3 a. E.); wohl aber ist diese Fehlerhaftigkeit vorhanden, wenn der rekusirte Richter, ohne die Entscheidung über den deßfallsigen Antrag nach gesetzlicher Vorschrift zu veranlassen, mit richterlichen Handlungen in der Sache

kraft beschreiten [8]); woraus sich die Folge ergiebt, daß nach rechtskräftiger Verwerfung einer gerichtsablehnenden Einrede der durch sie gerügte Mangel nicht weiter als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden kann [9]).

Hieher gehört

2) der Mangel der Citation. Unmotivirte Abkürzungen des Verfahrens [10]) oder bloße Fristbeschränkungen und sonstige Unförmlichkeiten im Laufe desselben sind hier nicht gemeint [11]); vielmehr handelt es sich nur von verurtheilenden Erkenntnissen, welche erlassen wurden, bevor dem Beklagten durch eine gültig abgefaßte [12]) und gehörig insinuirte Ladung Gelegenheit gege-

fortgefahren hat. — Ein Mangel in der gehörigen Besetzung des Gerichts kann durch Ratifikation von Seite der Partheien nicht gehoben werden. Vgl. OAGAkt. Nr. 1529 39/40.

8) Ueber die Zulässigkeit der Berufung und Revision gegen solche Entscheidungen s. oben S. 14 u. 130 Note 31.

9) Nov. vom 22. Juni 1813. (Novellen zur GO. B. III S. 78). Vgl. Komment. Bd. I S. 161 f., S. 175 Note 187.

10) Wenn z. B. das Verfahren mit der Vernehmlassung geschlossen und sofort das Urtheil erlassen wurde, ohne daß die in Kap. VI §. 11 bezeichneten Voraussetzungen einer solchen Abkürzung im gegebnen Falle vorhanden waren. Eine Verkürzung, deren Daseyn nur durch eine Prüfung der Materialien ermittelt werden kann, ist von dem rein formellen Mangel der Citation wesentlich verschieden.

11) OAGE. vom 3. März 1843 Nr. 1241 41/42. v. Stürzer ERV. S. 827. — Vgl. die Ausführung hierüber in den Bl. f. RA. Bd. IV S. 33—37, und S. 173 Nr. 2. — Gegen solche Verkürzungen und Beschränkungen hat man durch rechtzeitige Verwahrung resp. Berufung oberrichterliche Hülfe zu suchen. — Ueber angebliche Nichtigkeit wegen Mangels der Sachlegitimation s. Bd. II S. 143.

12) Fehlt es an der Bezeichnung des Gerichts, der Partheien, des Betreffs oder der Verhandlungszeit, so ist die Ladung unwirksam. GO. V §. 4.

ben war, sich gegen die Klage oder die klägerische Beweisführung [13]) zu vertheidigen [14]).

Liegt kein verurtheilendes Erkenntniß, sondern nur eine Verfügung in der Form des unbedingten Mandates vor, so gehört der Fall nicht hieher, weil durch eine solche Verfügung das rechtliche Gehör des Imploraten nicht ausgeschlossen wird [15]).

Unfähig zur Beschreitung der Rechtskraft sind [16])

3) Entscheidungen, welche einem frühern rechts-

13) War dem Kläger Beweis aufgelegt, und der Beklagte wird auf die klägerische Beweisantretung oder nach Erhebung der klägerischen Beweise, ohne im Beweisverfahren gehört worden zu seyn, durch Enderkenntniß verurtheilt, so ist der Fall dem einer Verurtheilung ohne alles Gehör über die Klage vollkommen gleichartig. Vgl. Bd. III S. 23.

14) Inwiefern die Unterlassung der Aktenmittheilung an die Regierung, in den das Staatsinteresse berührenden Sachen, als Mangel der Citation gelte und Nichtigkeit wirke — s. Bd. III S. 353. War das Staatsinteresse aus den Prozeßakten nicht zu ersehen, liegt daher der Unterlassung kein Versehen zu Grunde, so ist keine Nichtigkeit vorhanden; jedoch die Geltendmachung des Staatsinteresse durch besondre Klage unbenommen. OAGE. vom 22. Nov. 1825 Nr. 765 20/21.

15) Komment. Bd. II S. 202 f. Bl. f. RA. Bd. V S. 207. Vgl. OAGAkt. Nr. 1091 37/38, Nr. 716 42/43.

16) Während in dem §. 2 Kap. XVI die Mängel der Jurisdiktion und Citation als die einzigen Fälle der unheilbaren Nichtigkeit bezeichnet werden, sind an andern Stellen der GO. noch mehr Fälle in diese Kategorie gesetzt. — Baron Kreittmayr, dessen Thätigkeit hauptsächlich durch die Last der Staatsverwaltung in Anspruch genommen war, konnte sich nur in Nebenstunden den legislativen Arbeiten widmen. Daraus erklärt es sich, daß ihm der Zusammenhang einer Vorschrift mit andern konnexen Stellen des Werkes nicht immer gegenwärtig war.

kräftigen[17]) Urtheil über dieselbe Sache zuwiderlaufen[18]), d. h. eine von dem frühern Ausspruche abweichende Verfügung enthalten. Dies ist jedoch auf das Verhältniß eines Enderkenntnisses zu dem rechtskräftigen Interlokute eben so wenig zu beziehen, als auf das einer Berufungssentenz zu dem nur theilweise angefochtenen Erkenntnisse der Vorinstanz[19]); auch ist es kein Nichtigkeitsgrund, wenn der neuerlichen Entscheidung eine unrichtige Auslegung des frühern Urtheils oder eine seitdem eingetretene Veränderung der Umstände zu Grunde liegt[20]). —

Der Widerspruch, in welchem sich ein neueres Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes mit einer frühern oberstrichterlichen Entscheidung derselben Rechtsfrage befindet, kann nicht dazu dienen, jenes als nichtig anzufechten[21]).

17) Für den Richter ist ein von ihm nach Vernehmung beider Theile gesprochenes Urtheil unwiderruflich, sobald es verkündet ist. GO. XIV §. 9 Nr. 1.

18) GO. XIV §. 11 Nr. 3. Dadurch, daß bei der zweiten Verhandlung die Entgegensetzung der exceptio rei judicatae unterlassen wurde, ist diese Nichtigkeit nicht beseitigt.

19) D. h. wenn auch in dem Enderkenntnisse die durch die Rechtskraft des Interlokuts gezogene Schranke, oder in dem Berufungsurtheile das Maß der eingewandten speziellen Beschwerden minder genau eingehalten worden, so liegt doch hierin keine Nichtigkeit. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VII S. 288.

20) Bl. f. RA. a. a. O.

21) Die Nothwendigkeit der Verweisung zum Plenum hängt nach dem Ges. vom 17. Nov. 1837 Art. I, II davon ab, daß die Ungleichförmigkeit vorliegender früherer Entscheidungen derselben Rechtsfrage, oder der Widerspruch des jetzt beschlossenen Urtheils mit einem frühern OAGErkenntniß von dem über eine vorgekommene Streitsache urtheilenden Senate anerkannt wird. Frühere Erkenntnisse, welche dem jetzt urtheilenden Senate nicht vorliegen, können auf den

4) Hat eine zum selbstständigen Handeln vor Gericht unfähige Person den Prozeß ohne die erforderliche Authorisation oder Vertretung geführt, oder fehlt es an gültiger Bevollmächtigung desjenigen, welcher die Verhandlungen als Anwalt einer Parthei gepflogen, so zieht die Nichtigkeit der Verhandlungen auch die Nichtigkeit des darauf gebauten Urtheils in der Art nach sich, daß dieser Mangel durch Unterlassung rechtzeitiger Berufung nicht gehoben wird [22]. Wohl aber kann er durch Nachtragung der fehlenden Authorisation, durch nachträgliche Genehmung des Verhandelten beseitigt werden [23]; auch ist seine Wirksamkeit nur einseitig, indem der Gegner der Parthei, auf deren Seite der Mangel stattfand, denselben zur Anfechtung der Verhandlungen und des Urtheils nicht benützen kann [24].

II.

Wirkungen unheilbarer Nichtigkeit.

Nimmt der um Vollstreckung eines Urtheils angerufene Richter eine unheilbare Nichtigkeit desselben wahr, so hat er dieser Wahrnehmung von Amtswegen Folge zu geben, indem er den beantragten Vollzug verweigert. Diese Weigerung findet gleichfalls statt, wenn sich der Richter aus

Rechtsbestand des neuerlichen Urtheils keinen Einfluß haben. Vgl. OAGE. vom 29. Aug. 1843 Nr. 819 42/43 und vom 30. März 1844 Nr. 428 43/44.

22) Vgl. GO. Kap. III §. 6 mit Kap. VII §. 1 und den Anmerk. zu dieser Stelle. — Besteht dieser Mangel nur hinsichtlich eines von mehrern Streitgenossen, so tritt auch, abgesehen von dem Falle der Untheilbarkeit des Streitobjektes, die Folge der Nichtigkeit nur für den Antheil desselben ein. v. Röder a. a. O. §. 34.

23) Bl. f. RA. Bd. IV S. 175—6.

24) Vgl. Const. 14 de procurat. (2. 13). Heffter System des Civilprozeßrechts ed. II S. 577.

dem Vorbringen des Gegners von dem Daseyn einer so beschaffenen Nichtigkeit überzeugt. Beruht der Einwand des Gegners, das zu vollstreckende Urtheil sey nichtig, auf einer zur Zeit unerwiesenen Behauptung [25]), so wird dadurch Aufhebung der Exekution nicht bewirkt. Es ist jedoch in solchem Falle zur summarischen Nachweisung der fraglichen Behauptung eine kurze Frist, und mittlerweile in Ansehung derjenigen Vollstreckungshandlungen, welche unersetzlichen Nachtheil zufügen würden, Aufschub zu bewilligen [25]). — Ist die Unfähigkeit der verurtheilten Parthei, welche den Grund der Nichtigkeit ausmacht (s. I Nr. 4), zur Zeit des Exekutionsverfahrens gehoben, und es wird von derselben des Urtheils Rechtskraft ausdrücklich oder faktisch anerkannt, so kann der stattgefundene Mangel von Amtswegen nicht weiter berücksichtigt werden. Gleiches gilt, wenn die vor dem Urtheile durch einen unbevollmächtigten Anwalt vertretene Parthei der Exekution desselben nicht mit einem Einspruche, sondern etwa nur mit dem Gesuche um Gewährung einer Rechtswohlthat entgegentritt.

Nicht blos auf dem Wege der Einrede gegen die Exekution, sondern auch dem Wege der **Klage** kann die unheilbare Nichtigkeit eines Urtheils geltend gemacht werden, und zwar nicht blos von Personen des bisherigen Rechtsstreits, indem etwa der nicht ratihabirende Geschäftsherr oder Vormund, welcher in dem geführten Prozesse nicht aufgetreten ist, die Nichtigkeitsklage anstellt. — Die **Nichtigkeitsklage** (Nullitätsquerel) ist darauf gerichtet: es möge das angefochtene Urtheil (und das vorausgegangne Verfahren, soweit sich der Mangel auf dieses

25) Z. B. das Urtheil widerstreite einer frühern rechtskräftigen, über dieselbe Sache ergangenen Sentenz, die zu den Akten gekommene Vollmacht sey falsch gewesen, die Ladung nicht insinuirt worden u. dgl.

26) Vgl. Bl. f. RA. Bd. III S. 15—16. — S. auch unten Note 36.

erstreckt) als nichtig aufgehoben werden. Sie kann nach Wahl des Klägers entweder bei dem nämlichen Richter, welcher das Urtheil gesprochen [27]), oder bei dem nächst höhern angebracht werden. Handelt es sich von einem in den höhern Instanzen bestätigten Urtheil, so geht es nicht an, die Nichtigkeitsklage bei einem Gerichte anzustellen, welches nicht in letzter Instanz gesprochen hat [28]); weil in solchem Falle der Schein der Rechtskraft, welcher durch die Nichtigkeitsklage beseitigt werden soll, erst durch das in letzter Instanz gesprochene Urtheil eingetreten ist [29]).

Die Nichtigkeitsklage ist bei demjenigen Gerichte einzureichen, an welches sie gerichtet ist. Eine an das Obergericht gerichtete, bei dem Untergerichte eingereichte Nulli-

27) Die GO. sagt: „wenn er nur kompetent ist." Aber dazu, sein früheres ohne Kompetenz gesprochenes Urtheil wegen dieses Mangels wieder aufzuheben, ist auch der in der Sache selbst inkompetente Richter kompetent. Linde im Handbuch Bd. V S. 557. — Daß ein mit dem Mangel der Citation behaftetes Erkenntniß von demselben Richter zurückgenommen werden könne, ist ein Folgesatz aus dem, was die GO. im Kap. XIV §. 1 in fine, §. 9 pr. und §. 11 Nr. 3 über Sentenzen, die ohne Vernehmung beider Theile ergangen sind, bestimmt.

28) Hat die höhere Instanz nur auf Abweisung des Rechtsmittels wegen formeller Mängel erkannt, so ist dies keine Bestätigung. Soll nun das Urtheil, gegen welches das abgewiesene Rechtsmittel gerichtet war, als nichtig angefochten werden, so kann man die Nichtigkeitsklage nicht bei der dem abweisenden Obergerichte vorgesetzten Instanz, d. h. dem OAG. anstellen, wohl aber in erster oder zweiter Instanz. OAGE. vom 27. Nov. 1830 Nr. 1215 29/30.

29) OAGE. vom 21. Juni 1842 Nr. 1078 39/40. Anders verhält es sich, wenn die Nichtigkeit incidenter durch eine Einrede gegen die Exekution geltend gemacht wird. Das für das Exekutionsgesuch zuständige Gericht hat diese Eigenschaft natürlich auch für die dem Gesuche entgegengestellten Einreden. Bl. f. RA. Bd. VIII S. 188 Nr. 3.

tätsquerel ist von letzterem ohne Instruktion [30]) an ersteres vorzulegen. Erhellt der Ungrund aus dem Inhalt der Klagschrift, so erfolgt, wie bei andern Klagen, Zurückweisung von der Gerichtsschwelle. Außerdem wird Verhandlung eingeleitet, entweder (bei Untergerichten) durch Anberaumung einer Tagfahrt zu diesem Zwecke [31]), oder durch Abforderung einer schriftlichen Erklärung des Gegners unter Vorsteckung einer peremtorischen Frist [32]). Kommt es — in Ermangelung gegnerischen Zugeständnisses [33]) — auf Nachweisung gewisser Thatsachen an, so wird hierüber durch Prälokut bestimmt, und das Verfahren in abgekürzten Fristen gepflogen. Mit dem Ausspruche, daß die angefochtene Sentenz aufzuheben sey, ist zugleich in Fällen, wo bereits Vollzugshandlungen stattgefunden, die Wiederherstellung des vorigen Zustandes anzuordnen [34]). — Ueber Rechtsmittel gegen Erkenntnisse in Nich-

30) Ist der Nichtigkeitsklage eventuell oder bezüglich gewisser Verfügungen des Erkenntnisses eine Appellation beigefügt, so kommt gewöhnlich in der Nebenverantwortungsschrift auch die Erklärung auf die Nichtigkeitsklage vor. Vgl. übrigens Bl. f. RA. Bd. VII S. 236. Vgl. OAGAkt. Nr. 1065 37/38.

31) Auch bei den an ein Obergericht gerichteten Nullitätsquerelen wird mitunter das Untergericht zu protokollarischer Instruktion kommittirt.

32) Meistens wird mit dieser Gegenerklärung der Aktenschluß eintreten können. Giebt deren Inhalt dazu Anlaß, so steht nichts im Wege, noch Replik und Duplik zuzulassen.

33) Wenn entweder die fraglichen Thatsachen in Abrede gestellt sind, oder der Gegner gar nicht geantwortet hat.

34) Sollte auch kein ausdrücklicher Antrag auf diese Wiederherstellung gestellt worden seyn; weil der durch den Vollzug des nichtigen Urtheils verursachte Nachtheil zu den Schäden gehört, von welchen GO. IV §. 7 Nr. 6 bestimmt, daß der Richter auf deren Ersatz erkennen solle, wenn schon in dem petito davon abstrahirt worden. Vgl. Bl. f. RA. Bd. VI S. 25 f.

tigkeitsklagsachen gelten die allgemeinen Grundsätze [35]). — Abgesehen von Fällen, in welchen ein erheblicher Nichtigkeitsgrund sofort wahrscheinlich gemacht ist, bewirkt die Erhebung einer Nichtigkeitsklage einen Aufschub im Vollzuge der angefochtenen Sentenz nur hinsichtlich derjenigen Vollstreckungshandlungen, welche unersetzlichen Nachtheil zufügen würden [36]).

Bemerkt der Oberrichter, an welchen eine Rechtssache im Wege der Appellation gelangt ist, an dem Urtheile, beziehungsweise in den vorhergegangenen Verhandlungen, einen unheilbare Nichtigkeit wirkenden Mangel, so hat er demselben von Amtswegen die geeignete Folge zu geben. Diese kann in den oben I, Nr. 4 bemerkten Fällen vorerst darin bestehen, daß durch eine Ersetzungs-Verfügung die Nachholung der zur Gültigkeit fehlenden Authorisation oder Genehmigung versucht werde. Wo eine solche Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes nicht möglich ist oder nicht gelingt,

35) S. oben S. 12 Note 26, S. 30 Note 82, S. 77 Note 6, S. 79 und S. 123 lit. b. — Vgl. auch S. 128 Note 24. — Eine Beschwerdeführung an die höhere Instanz über ungerechte Abweisung einer Nichtigkeitsklage ist Appellation, nicht gleichfalls Nichtigkeitsklage. — Auf Berufungen gegen Erkenntnisse, welche auf erhobene Nichtigkeitsklage ein Urtheil als nichtig aufheben, ist die Vorschrift der Novelle von 1837 §. 53 Nr. 2 (S. oben S. 20) nicht anwendbar.

36) Vgl. Claproth ordentl. Proz. Hauptstück XXIV; Danz ord. Proz. ed. Gönner §. 445; Martin Lehrb. §. 265, 295; Gönner Handb. Bd. III Nr. LVII §. 15; Bl. f. RA. Bd. III S. 15—16; v. Röder a. a. O. §. 41. — Eine innerhalb der Berufungsfrist in einer appellablen Sache erhobene Nichtigkeitsklage steht in dem Suspensiveffekte der Appellation gleich. Gönner a. a. O. — Außer diesem Falle kann der Nichtigkeitsbeklagte den Suspensiveffekt durch Sicherheitsleistung für den Fall seines Unterliegens in der Nullitätssache ausschließen. Gönner a. a. O.; Gensler im Komment. zu Martin §. 254.

muß auf Aufhebung des nichtigen Urtheils, beziehungsweise auch der nichtig gepflogenen Verhandlungen erkannt werden [37]).

Wenn eine in der Eigenschaft als Appellation erhebliche Beschwerdeführung irrig als Nichtigkeitsklage bezeichnet, und dabei etwa, statt des in der Absicht liegenden Antrags auf ein völlig freisprechendes Urtheil vom Beschwerdeführer ungeschickterweise gebeten worden, das dem Kläger günstige Erkenntniß als nichtig aufzuheben, so ist der Oberrichter (vorausgesetzt, daß es an den Berufungsförmlichkeiten nicht fehlt) nicht gehindert, das Rechtsmittel seiner materiellen Beschaffenheit nach als Appellation zu beurtheilen, und auf die der Sachlage entsprechende Abänderung des beschwerenden Urtheils zu erkennen [38]).

Daß Abhülfe für die durch ein unheilbar nichtiges Urtheil zugefügte Verletzung auch im Wege der Berufung gesucht werden könne, ist bereits oben S. 4 bemerkt worden.

III.

Von heilbaren Nichtigkeiten.

Außer den als Gründe unheilbarer Nichtigkeit aufgeführten Fällen, giebt es noch mannigfache Verletzungen der Prozeßgesetze, welche den Antrag, es möge ein gerichtlicher Beschluß und etwa auch eine damit zusammenhän-

37) Von diesen Fällen gilt das oben S. 20 Bemerkte.

38) Arg. GO. IV §. 8. Auch der Bitte ungeeignete Fassung gereicht nicht zum Nachtheile, wenn aus dem Inhalte des Vortrags unzweideutig hervorgeht, daß es in der Absicht lag, das Angemessene zu beantragen, und der Fehler nur in dem juristischen Ausdruck liege. Nur wenn der sachliche Inhalt der Bitte nicht zu dem Inhalt des Vortrags paßt, kann das richterliche Amt nicht helfen. — Vgl. OAGAkt. Nr. 1135 37/38. Vgl. Nr. 1394 36/37.

gende Verhandlung [39]) als nichtig aufgehoben [40]) werden, zu begründen geeignet sind. Allein die Abhülfe kann außer den oben unter I bezeichneten Fällen nur im Wege der Berufung [41]) gesucht werden, so daß in Ermanglung der Voraussetzungen dieses Rechtsmittels (der Berufungssumme) die Abhülfe nicht stattfindet, und die Versäumung des rechtzeitigen Gebrauchs die Heilung der Nichtigkeit bewirkt [42]). Handelt es sich von (heilbarer) Nichtigkeit [43]) eines einfachen Dekretes oder eines selbstständige Berufung nicht zulassenden Zwischenbescheides, so greift vor der Hand nur Verwahrung Platz, worüber die oben S. **20**—**26** vorgetragenen Grundsätze gelten [44]), und in deren Folge es seiner Zeit zur Aufhebung (Nichtigerklärung) sowohl des als prozeßordnungswidrig beanstandeten Dekretes oder Zwischenbescheides, als des seinen Rechtsbestand voraussetzenden später erlassenen Erkenntnisses kommen kann [45]).

39) Z. B. die Erhebung nachgetragener Beweise, gegen deren Zulassung der Produkt sich rechtzeitig verwahrt hat; eine Eidesleistung, zu welcher der Gegner des Schwörenden nicht geladen war. Bl. f. RA. Bd. I S. 327.

40) Jeder Mangel, in dessen Folge die Aufhebung eines Dekretes oder Bescheides zu verfügen ist, kann als Nichtigkeit bezeichnet werden. — Ueber den Unterschied zwischen Aufhebung und Abänderung — s. oben S. 19—20.

41) Von Fällen, in welchen nach §. 55 der Novelle von 1837 auf Remonstration Zurücknahme eines richterlichen Beschlusses stattfinden kann, ist hier nicht die Rede.

42) GO. XVI §. 2 Nr. 4, 5.

43) S. oben Note 40.

44) Daß eine unzulässige Berufung unter der Firma einer Nichtigkeitsklage an das Obergericht gebracht wird, hat auf die Beurtheilung keinen Einfluß. OAGE. vom 28. Nov. 1837 Nr. 1394 36/37. Vgl. oben S. 56 Note 171 S. 62 Note 16.

45) Hat sich z. B. der Beweisführer gegen die Ausschließung eines

In die Kategorie der heilbaren Nichtigkeit gehören alle prozeßordnungswidrigen Unterlassungen oder Verkürzungen[46]) der Vernehmung oder Zuziehung einer Parthei im Laufe des Verfahrens[47]), die Zulassung von Erklärungen und Beweisen, welche hätten ausgeschlossen werden sollen, die unbegründete Weigerung oder Ertheilung von Fristbewilligungen und Incidentrestitutionen, unbegründete Kontumazialbescheide und Desertionserkenntnisse, Erlassung eines Erkenntnisses ohne Entscheidungsgründe. Auch die Bd. II S. 24 erwähnte Nichtigkeit ist den heilbaren beizuzählen.

Beweismittels rechtzeitig verwahrt, und auf Geltendmachung der gewahrten Beschwerde mit der Berufung gegen das Endurtheil überzeugt sich der Oberrichter von der Prozeßordnungswidrigkeit jener Ausschließung, so erfolgt nun die Aufhebung (Nichtigerklärung) sowohl des Enderkenntnisses, als des frühern die Ausschließung des Beweismittels verfügenden Dekretes, mit der Anordnung, das fragliche Beweismittel zu instruiren, und nachher nochmals in der Sache zu erkennen.

46) Als solche erscheint auch die Ziehung einer Sache zum mündlichen Verhör, welche nicht dazu geeignet ist.

47) S. oben I, Nr. 2. Hieher gehört auch (vgl. oben S. 87 Note 8 und Bd. II S. 233—4) die Unterlassung der in §. 9 und §. 17 Nr. 3 lit. b, d der Novelle von 1837 angeordneten richterlichen Thätigkeit. Wurde eine ohne Rechtsbeistand handelnde Parthei vom Richter nicht aufgefordert, sich über einzelne vom Gegner behauptete Thatumstände zu erklären, und darauf die Unterlassung des speziellen Widerspruchs im Urtheile als Zugeständniß angenommen, so ist auf Beschwerdeführung des dadurch Verletzten Anlaß zur Anordnung der in Kap. XV §. 7 Nr. 2 bestimmten nachträglichen Instruirung unerörterter Punkte, oder auch, wenn die Nachholung die Grundlage des Urtheils völlig oder größtentheils verändern würde, zur Aufhebung desselben und der mangelhaft gepflognen Verhandlung gegeben. Ob der Mangel wirklich stattgefunden, ist auf Behauptung des Appellanten durch Berichtsabforderung zu konstatiren.

Verstoß gegen ein klares Gesetz (contra jus in thesi) macht das Urtheil ungerecht, nicht aber nichtig. Eben so wenig begründet die Anwendung einer unrechten Gesetzgebung eine Nichtigkeit.

Kann später durch neues Vorbringen gezeigt werden, daß die Zeugen, auf deren Aussagen ein in Rechtskraft übergegangenes Urtheil gebaut ist, bestochen, die Beweisurkunden falsch, geschworne Eide Meineide waren, so ist der Fall zum Restitutionsgesuche, nicht zur Nullitätsquerel geeignet [48]).

§. 3.

De syndicatu. [1])

Ist einer Parthei erwiesenermassen durch ungerechtes und schuldhaftes Verfahren des Richters Schaden zugefügt worden, so steht ihr gegen denselben die sog. Syndikatsklage [2]) auf Ersatzleistung zu. Es macht keinen Unterschied, ob die Beschädigung durch gesetzwidriges Verfahren, oder durch ein ungerechtes Urtheil, oder in Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit [3]) zugefügt

48) Vgl. GO. XI §. 8 Nr. 7, XIII §. 2 Nr. 10.

1) Leyser med. 680 spec. 1: „Syndicatus judicium ..... nomen traxit a syndicis, peculiari magistratu apud Italos nec non Gallos, ad hoc constituto, ut rationes a magistratibus reposcat, et de delictis ab iis commissis cognoscat, ipsosque, qui deliquerunt, puniat."

2) Die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen der Syndikatsklage (wegen Beschädigungen durch absichtliche Fehler oder grobe Nachlässigkeit) und der actio in factum contra judicem, qui litem suam fecerit (wegen geringerer Versehen; vgl. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 12 Note 4) ist dem bayerischen Rechte fremd.

3) Vgl. Leyser med. 680 spec. 1 – 4, auf welche Kreittmayr in den Anmerk. verweis't. — Wegen Beschädigungen

wurde. Nicht blos durch dolose, auch durch Verletzungen aus Fahrlässigkeit wird die Syndikatsklage begründet; nur dürfen es nicht blos geringfügige Versehen seyn [4]). Die Syndikatsklage ist nur für den Fall gegeben, daß sich der Verletzte nicht auf andre Weise schadenfrei machen kann [5]); sie fällt weg, wenn derselbe, ohne Vorhandenseyn entschul-

in den Geschäften des Notariates, des Hypotheken-Vormundschafts-Depositen-Amtes kommt die Syndikatsklage am häufigsten vor.

4) Kreittmayr Anmerk. lit. c. In den Bestimmungen über die Grade des Verschuldens ist die gewöhnliche Thätigkeit und Umsicht des sorgsamen Hausvaters in Privatangelegenheiten als Maßstab zu Grunde gelegt; daher passen sie nicht recht auf die hier in Frage befindlichen Verhältnisse, in welchen ein Beamter in dem Wirkungskreise Fehler begeht, zu welchem ihn die Staatsregierung berufen hat. Wegen imprudentia soll der Richter haften (Pr. Instit. de oblig. quae quasi ex delicto; Fr. 6 de extraord. cognit.). Hierüber bemerkt Hagemann in den prakt. Erört. Bd. VIII Nr. XXXVI: „Der menschlichen Natur ist es gewiß nicht entsprechend, in der Erfüllung einer Bestimmung, die fortwährend mit so vielen beschwerlichen, vielartigen, oft eiligen und überhäuften Beschäftigungen und Arbeiten verknüpft ist, den allergrößten Fleiß, die äußerste Vorsicht, Umsicht und Genauigkeit zu fordern." — „Unmöglich kann man, bei der chaotischen Masse des gemeinen und Provinzialrechtes, alle Gesetze übersehen, und es fällt oft schwer, das für den einzelnen Fall passende auszumitteln; bei der großen Verschiedenheit menschlicher Geistesfähigkeiten und Kräfte kann in den Fällen, wo nicht Klarheit, Bestimmtheit und Deutlichkeit gesetzlicher Vorschriften, oder kontraktlicher oder testamentarischer u. s. w. Bestimmungen, jede Verschiedenheit der Beurtheilung völlig ausschließen, — Uebereinstimmung des menschlichen Denkens und der Ansichten nicht stattfinden. „Nur die gänzliche Unwissenheit vorhandener gesetzlicher und klarer Bestimmungen, oder augenfällige Imperitia (Ungeschicklichkeit in der Gesetzanwendung) macht den Richter regreßpflichtig."

5) Kreittmayr Anmerk. lit. d; vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 387.

digender Umstände, die Ergreifung des Rechtsmittels versäumt hat, durch welches Abänderung oder Aufhebung der beschädigenden Verfügung zu erlangen war [6]. — Gegen Gerichtsmitglieder, welche weder durch Mitwirkung noch durch Unterlassung obliegender Aufsicht an dem Verschulden theilgenommen haben, findet der Entschädigungsanspruch nicht statt [7]. In Ansehung der Frage, ob und wiefern jeder der mehrern Theilhaber des Verschuldens für das Ganze hafte, ist auf die in den einzelnen Landestheilen geltenden Civilgesetze Rücksicht zu nehmen [8].

Durch Obsiegen mit der Syndikatsklage soll das auf ungerechtem und schuldhaften Verfahren des Richters fußende, „**in rem judicatam** erwachsene Erkenntniß nicht „umgestoßen werden, es sey denn zugleich genügend bewie„sen, daß der Gegentheil mit dem Richter kolludirt, und „an der gespielten Gefährde Antheil genommen habe."

6) Arg. Fr. 4 §. 9 de damno infecto (39, 2). G. L. Boehmer de remed. synd. (Electa jur. civ. Tom. II nr. 4) cap. I §. 14; Hagemann a. a. O. S. 97.

7) Bei Verletzungen durch Kollegialbeschlüsse müssen dem Beschädigten, wenn er seine vermeinten Entschädigungsansprüche geltend macht, diejenigen Kollegialmitglieder bezeichnet werden, aus deren Vortrag, beziehungsweise Abstimmungen der fragliche Beschluß hervorgieng. Vgl. hierüber Bl. f. RA. Bd. II S. 309 f.

8) Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 203.

Siebenzehentes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Compromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

Siebenzehntes Kapitel.

Von Endigung des Streites durch Vergleich, Compromiß und das Loos, dann den Streitkosten und Schäden.

§. 1.

Von dem Vergleiche.

Vergleiche und Kompromisse dienen zur Beendigung der Rechtsstreite; wegen dieser Beziehung wurden die Vorschriften darüber der Gerichtsordnung einverleibt. Indessen sind sie hier nicht blos in dieser Beziehung, sondern auch als Mittel, Rechtsstreite zu verhüten, aufgefaßt [1]). Es soll

1) „die Sache, worüber sich verglichen wird, bereits „streitig, oder doch ein künftiger Streit deßhalb zu befürch„ten, auch an sich zweifelhaft seyn [2]).“

Schon die bloße Besorgniß, nicht ohne Prozeß zur Verwirklichung seines Rechtes zu gelangen oder von Ansprüchen eines Andern frei zu werden, ist ein hinreichendes Motiv, sich zu vergleichen. Durch das Erforderniß objektiver Zweifelhaftigkeit ist nicht der freie Willen der Betheiligten beschränkt, sondern nur der richterlichen Ein-

1) Hinsichtlich der Fragen, deren Beantwortung aus den Vorschriften der GO. nicht zu nehmen ist, kommen die in jedem Landestheile geltenden Civilgesetze zur Anwendung. — Vgl. OAGE. vom 20. Jänner 1844 Nr. 204 41/42.

2) GO. XVII §. 1 Nr. 5.

wirkung eine Richtschnur gegeben, indem der Richter in klaren Sachen niemals einen Vergleich zumuthen, und darüber wachen soll, daß „kein Theil aus Unverstand gar „zu sehr dabei bevortheilt wird [3]."

Ein Vergleich über einen Streitpunkt, welcher bereits durch rechtskräftiges Urtheil entschieden ist, kann nicht mehr stattfinden [4]. Wenn der obsiegende Theil über sein durch rechtskräftiges Urtheil gesichertes Recht nicht gehörig belehrt, vielmehr solches noch für zweifelhaft haltend, zur Beseitigung dieser vermeinten Ungewißheit einen Vergleich eingeht, so ist er an denselben nicht gebunden, und kann selbst das in Folge dieses Vergleiches Weggegebne wieder-zurückfordern [5]. Wohl aber kann ein nach rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses eingegangener Vergleich wirksam seyn, wenn die Existenz der Entscheidung in Zweifel gezogen ist, oder über deren Umfang, über den Sinn oder über die Vollziehbarkeit des Urtheils Bedenken erhoben sind, wenn der nach dem Urtheil zu zahlende Betrag erst durch ein Liquidationsverfahren festzustellen ist, oder die Anfechtung durch ein außerordentliches Rechtsmittel bevorsteht [6].

2) „Es ist nöthig, daß bei jedem Vergleiche etwas „gegeben und behalten werde [7]." Ist der ganze Anspruch wie er erhoben wurde, anerkannt oder aufgegeben, so liegt kein Vergleich vor. Damit ist es aber nicht zu verwechseln, wenn zur Abfindung von Ansprüchen von noch unbestimmtem Umfange oder zur Beseitigung von Einsprüchen, z. B. gegen die Gültigkeit eines Vertrages, die von dem einen Theile geforderte oder von dem andern gebotene Abfin-

3) Kreittmayr Anmerk. zu diesen §en lit. e.

4) Const. 32 de transact. (2, 4); Kreittmayr Anmerk. zu GO. XVII §. 1 lit. e.

5) Fr. 23 §. 1 de condict. indeb. (12, 6).

6) Fr. 11 de transact. (2, 14). Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 287—8.

7) GO. a. a. O. Nr. 8.

dungssumme, ohne weiteres Dingen, sofort bewilligt resp. angenommen wird. Hier ist die Voraussetzung der Annahme eines Vergleichs, „daß etwas gegeben und behalten werde,“ allerdings vorhanden.

Wenn es aber an diesem oder an dem vorigen Erfordernisse (Nr. 1) fehlt, „so ist zwar der Handel deßwegen nicht unkräftig, er kann hingegen aber auch für keinen „Vergleich angesehen werden [8].“ Wenn eine nicht als rechtlich gebührend geforderte, sondern aus Billigkeitsgründen nachgesuchte Leistung aus gutem Willen gewährt, wenn ein Theil einer unbestrittenen Forderung nachgelassen, auf den Vollzug eines rechtskräftigen, in keiner Beziehung beanstandeten Erkenntnisses theilweise aus günstiger Gesinnung Verzicht geleistet wird, so findet darauf, was von Vergleichen Rechtens, keine Anwendung; vielmehr ist die Wirksamkeit nach den von Schenkungen, vom **pactum remissorium**, von Verzichten geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Daß der Richter in dem durch das fragliche Geschäft geschlichteten Streitverhältnisse das Merkmal objektiver Zweifelhaftigkeit nicht findet, kann ihn nicht hindern, das Daseyn eines Vergleiches anzunehmen. Nicht darauf kommt es an, ob die Entscheidung des erhobenen oder gefürchteten Streites Schwierigkeiten dargeboten hätte, sondern nur darauf, ob der Vertrag zur Schlichtung oder Verhütung eines Rechtsstreites eingegangen wurde [9].

3) Personen, welche ihrer selbst nicht mächtig, können sich nur durch ihre nach gesetzlicher Vorschrift bestellten Vertreter oder Vormünder, oder unter deren Mitwirkung

8) GO. a. a. O.

9) Nicht zu verwechseln mit dem Falle, wenn die Vertragsschließung nur den Zweck hatte, die Mühe der Prüfung des Einzelnen, z. B. eines verwickelten Rechnungswesens zu ersparen.

vergleichen. Wenn der Vergleich unbewegliche Güter oder solche Sachen eines Pflegbefohlenen betrifft, welche sich leicht erhalten lassen [10]), so soll dazu der Konsens seiner ordentlichen Obrigkeit, oder des Gerichtes, bei welchem der Streit anhängig ist, erholt werden [11]).

4) In Ansehung der Frage, ob sich der Gegenstand zum Vergleiche eigne, ist auf die jeden Orts geltenden Civilgesetze zu sehen [12]).

5) Der Vergleich „soll [13]) vor der ordentlichen Obrig„keit, wo gestritten wird, oder worunter wenigstens einer „von beiden Theilen, oder die streitige Sache selbst ge„hörig ist, angegeben, protokollirt und das Protokoll nicht „nur mundirt, sondern auch von den Theilen selbst, wenn „sie schreiben können, eigenhändig unterzeichnet, oder, „wenn die Summe über 50 fl. im Werthe beträgt, tax„ordnungsmäßig verbrieft werden [14]). Im Falle auch die „Partheien sich vor der Obrigkeit der untern Instanz oder „extrajudiziell vergleichen, während die Sache bei der hö„hern Instanz anhängig ist, so soll man dieser zu dem

10) Zu welchen auch Forderungen, überhaupt unkörperliche Sachen gehören. Anmerk. lit. g.

11) GO. a. a. O. Nr. 4, 7. Von der Pflicht der Obervormundschaft, einen dargebotenen Vergleich einem unsichern Prozesse vorzuziehen — s. Bl. f. RA. Bd. II S. 165 f.

12) Vgl. GO. a. a. O. Nr. 6 und die Anmerk. lit. f.

13) Diese Vorschrift findet ihre Anwendung auch in denjenigen Landestheilen, deren Civilgesetzgebung, wie die preußische, besondre Vorschriften über die Form der Vergleiche enthält. Bl. f. RA. Bd. I S. 239 f.

14) Eine Kognition hat die angegangne Obrigkeit nur in so weit, als sie verhüten soll, daß ein Theil aus Unverstand zu sehr bevortheilt werde; ferner hinsichtlich des Interesse von Pflegbefohlnen oder dritter Betheiligter, deren Zuziehung umgangen werden will; nicht minder in Betreff der Fähigkeit der Sache, durch Vergleich geschlichtet zu werden.

„Ende, damit sie nicht weiter hierin verfahre, schleunige „Nachricht davon ertheilen, im widrigen Falle aber die „.... Kosten und .... Taxen zu erstatten haben [15])."

„Sind siegelmäßige Personen ihre Vergleiche obrig„keitlich zu errichten zwar nicht schuldig, sie sollen aber „gleichwohl dieselben allezeit schriftlich verfassen, alsdann „mit eigener Handunterschrift und Petschaft fertigen, und „wenn die Transigenten theils siegelmäßig, theils unsiegel„mäßig sind, so soll statt der letzteren die Obrigkeit mit„ausfertigen [16])."

„So lange nun gedachte Protokollirung [17]) oder re„spective beiderseitige Fertigung nicht geschehen ist, soll die „ganze Handlung sowohl unter siegelmäßigen als anderen „Personen, ob sie schon mit Zeugen bewiesen werden „könnte, weder in Kraft eines Vergleiches, noch sonst „unter andern Namen bestehen, ausgenommen, „wenn sie schon ganz oder zum Theil in Erfüllung ge„bracht worden ist [18])."

Auf Rechtsgeschäfte, welche nach dem oben unter Nr. 2

15) GO. a. a. O. Nr. 9.

16) GO. a. a. O. Nr. 10. Vgl. Beil. VIII zur VU. §. 2, 4. — In Ansehung der Frage, ob ein im Auslande geschlossener aber in Bayern zu erfüllender Vergleich nach den Vorschriften der GO. a. a. O. Nr. 9—11 zu beurtheilen sey, vgl. Fr. 21 de oblig. et act. (44, 7): „Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. S. auch Komment. Bd. I S. 234—5 Nr. 62.

17) Bei Unsiegelmäßigen ist nicht die Unterlassung der Verbriefung, sondern nur die der Protokollirung mit der Nichtigkeits-Folge bedroht.

18) GO. a. a. O. Nr. 11. Ist bereits ein Theil der vergleichsmäßigen Leistung von der einen Seite entrichtet, auf der andern angenommen worden, so kann der Mangel der gesetzlichen Form von Keinem der Kontrahenten mehr zur Anfechtung des Geschäfts benützt werden.

Bemerkten „für keinen Vergleich angesehen werden können,“ ist das ebenerwähnte durch das Präjudiz der Nichtigkeit verschärfte Gebot der Protokollirung resp. schriftlichen Fertigung nicht zu beziehen. Hat der Gläubiger schenkungsweise seine Forderung ganz oder theilweise aufgegeben, so mag das Erforderniß der gerichtlichen Insinuation nach Vorschrift der jeden Orts geltenden Civilgesetzgebung [19]) in Frage kommen; aber die für Vergleiche verordnete Protokollirung oder Fertigung ist hier nicht vonnöthen. Eben so wenig ist dies der Fall, wenn z. B. der Käufer, nachdem das Kaufgeschäft perfekt geworden, auf erlangte Ueberzeugung, unbillig wohlfeil gekauft zu haben, lediglich aus gutem Willen durch eine nachträgliche Verabredung eine Erhöhung des Kaufpreises bewilligt. Wenn aber diese Bewilligung durch Schwierigkeiten, welche der Verkäufer gegen den Vollzug des Geschäftes erhob, motivirt war; wenn sie gegen Verzichtleistung des Gegenbetheiligten auf weitere An- oder Einsprüche gemacht wurde, so ist der Fall eines Vergleiches gegeben, und die Gültigkeit der nachträglichen Verabredung, sofern diese nicht schon wenigstens theilweise in's Werk gesetzt ist, durch Erfüllung obigen Gebotes bedingt.

6) Ein rechtsgültig abgeschlossener Vergleich kann weder wegen Irrthums, noch wegen Verletzung über die Hälfte, noch auf dem Grunde neu aufgefundner oder erst neuerdings eingesehener Urkunden [20]), noch auf andre Art [21]) mehr angefochten werden, es sey denn, daß eine

19) Nach dem bayer. LR. Th. III Kap. 8 §. 8 Nr. 7 ist die Insinuation nicht erforderlich bei „Schenkungen, wodurch Donatarius nur seiner Obligation von dem Donante liberirt wird.“

20) Wenn solche nicht vom andern Theile geflissentlich vorenthalten oder entzogen waren.

21) Darunter ist aber eine Anfechtung, welche die rechtsgültige Eingehung, das Daseyn der gesetzlichen Voraussetzungen der

offenbare Gefährde [22]) stattgefunden habe, oder wenn es minderjährige Personen [23]) betrifft, eine merkliche und augenscheinliche Verletzung dargethan werden könne [24]).

„Die Reue soll in einem geschlossenen Vergleiche ohne „beiderseitige Bewilligung niemals statt haben, und der- „selbe sogar unter dem Vorwande der Kontravention des „andern Theiles nicht angefochten, sondern in einem sol- „chen Falle die Klage vielmehr dahin gestellt werden, daß „der Gegentheil zu gebührender Erfüllung obrigkeitlich an- „gehalten werde, ausgenommen, wenn demselben die **Clau-** „**sula cassatoria** auf den Kontraventionsfall ausdrücklich „mit einverleibt worden, und derjenige, welcher in Kraft „dieser Klausel die Kassation begehrt, seines Orts nicht „selbst **in mora adimplendi** ist [25])."

Hat die vom Gegentheil verzögerte Erfüllung nach Lage der Sache für den andern, nicht säumigen Kontrahenten kein Interesse mehr, besteht vielmehr dessen Interesse nunmehr gerade darin, auch seinerseits von dem Geschäfte abzugehen, so kann wohl der d a r a u f, und etwa auf Zurückgabe des von ihm bereits Gegebenen, gestellte Antrag nicht als A n f e c h t u n g des Vergleiches angesehen, und nicht auf dem Grunde der eben angeführten Vorschrift

Wirksamkeit (GO. a. a. O. Nr. 4—11) bestreitet, nicht begriffen, ebensowenig eine Beanstandung der buchstäblichen Auslegung.

22) Wozu auch Gewalt und Zwang gehören. Anmerk. lit. m. Hinsichtlich der näheren Vorschriften über Beschaffenheit und Wirkungen solcher Mängel der Willensbestimmung ist auf die Civilgesetzgebung jeden Orts zu sehen. Vgl. OAGAkt. Nr. 204 41/42.

23) Welchen die juristischen gleichgestellt sind.

24) GO. a. a. O. Nr. 12.

25) GO. a. a. O. Nr. 13.

zurückgewiesen werden [26]). Ist es unmöglich geworden, den Gegentheil obrigkeitlich zu gebührender Erfüllung anzuhalten, so versteht es sich von selbst, daß der andre Kontrahent auch seinerseits abzugehen nicht gehindert sey.

7) Daß durch den Vergleich eine Novation beabsichtigt worden, wird nicht vermuthet. Daher bleibt, sofern nichts Anderes ausdrücklich bedungen ist, den Transigenten die Hypothek vorbehalten, welche sie etwa schon vor dem Vergleiche gehabt haben [27]).

8) Auf dem Grunde eines rechtsbeständigen Vergleiches kann die Exekution eben so gut eingeleitet werden, als zum Vollzuge eines rechtskräftigen Urtheils [28]). Wenn aber, sey es über den Rechtsbestand oder über die Auslegung des Vergleiches, Bedenken obwalten, welche eine nähere Erörterung verlangen, so ist darüber nicht im Wege der Exekution zu verfahren, sondern Implorant auf den Weg der Klagstellung zu verweisen, beziehungsweise auf das Anrufen, wenn ihm die Eigenschaften einer Klagschrift nicht fehlen, die nach Beschaffenheit des Gegenstandes geeignete Verhandlung einzuleiten [29]).

Wurde ein wirklich erhobener Rechtsstreit vor dem Prozeßgerichte durch Vergleich geschlichtet, so gehört an

26) Arg. Fr. 135 §. 2 de verb. obl. (45, 1) in den Worten: „nec mulieris quicquam propter eam moram interesset: quod omne ad judicis cognitionem remittendum est." Vgl. Seuffert PandR. Bd. II §. 370 Note 15.

27) GO. a. a. O. Nr. 14.

28) Const. 20 de transact. (2, 4). Vgl. Bl. f. RA. Bd. I S. 230 f., Bd. VII S. 410. — OAGE. vom 7. Aug. 1843 Nr. 1253 42/43. Es fehlt an einem erheblichen Grunde, diesen Satz auf Vergleiche zu beschränken, durch welche ein erhobener Prozeß vor dem Prozeßgerichte geschlichtet worden ist.

29) Vgl. hierüber S. 14 Note 36. Es handelt sich hier allerdings von einem Ausspruche über die Prozeßart.

dieses Gericht auch der Antrag auf Exekution aus dem Vergleiche. — In andern Fällen ist die Zuständigkeit nach den allgemeinen Regeln zu beurtheilen.

§. 2.

Von Kompromissen.

Das Kompromiß besteht in der Uebereinkunft[1]), daß ein zwischen den Kontrahenten obwaltender Rechtsstreit durch den Ausspruch eines bestimmten Dritten (**arbiter, judex compromissarius**), oder auch mehrerer Personen, entschieden werden soll. Der nächste Schritt zur Verwirklichung des Kompromisses geschieht dadurch, daß die Kontrahenten zusammen einen weitern Vertrag mit dem erwählten Schiedsrichter eingehen (**receptum**), durch welchen sich dieser zur Abgabe des Schiedspruches (**arbitrium, laudum**) verpflichtet [2]). Was

1) Die Befähigung zur Eingehung eines Kompromisses und die Zulässigkeit des Gegenstandes betrifft, so gelten dieselben Grundsätze, wie beim Vergleiche [3]). — In Ansehung der Fähigkeit zur Uebernahme des Schiedsrichteramtes stellt die GO. keine Beschränkungen auf [4]). — Sind mehrere Schiedsrichter benannt, so kann auch noch ein Obmann (**superarbiter**) vorkommen, welcher die Entscheidung in dem Falle giebt, wenn jene, wegen Ungleichheit der Stimmen, den Ausspruch nicht zu Stande bringen.

1) Ueber die Bestellung von Schiedsrichtern durch andre als vertragsmäßige, insbesondre durch letztwillige Verfügungen — s. GO. XVII §. 2 Nr. 12.

2) Rechtserhebliche Ursachen, aus welchen das übernommene Schiedsrichteramt wieder aufgesagt werden kann, s. bei Kreittmayr Anmerk. lit. c.

3) GO. a. a. O. Nr. 1, 3.

4) Die GO. setzt sachverständige Schiedsrichter voraus. S. aber Kreittmayr in der Anmerk. lit. a.

Derselbe wird entweder von den Kompromittenten selbst, oder mit deren Bewilligung von den Schiedsrichtern erwählt [5]).

2) Der Schiedsrichter ist verbunden, den seinem Ausspruche [6]) unterstellten Rechtsstreit, nach dessen gehöriger Verhandlung, zu entscheiden. In Ansehung des Verfahrens hat er sich vorerst an die darüber von den Kompromittenten gegebnen Bestimmungen zu halten, außerdem aber die gewöhnlichen Prozeßregeln zu befolgen [7]). — Sind mehrere Schiedsrichter benannt, so soll keiner ohne den andern richten [8]). Sind die Stimmen getheilt, und zwar ungleich, so geht es nach der Stimmenmehrheit; gleiche Stimmen heben einander auf, so daß, wenn nicht Zuziehung eines Obmanns verabredet ist, Erlöschung des Kompromisses eintritt [9]).

3) Gegen den Schiedspruch kann jeder Theil die Berufung an das in der Sache zuständige Gericht ergreifen [10]); sofern nicht in dem Kompromisse ausdrücklich bedungen worden ist, daß gegen den Ausspruch nicht appellirt werden soll. Haben sich die Kompromittenten auf ein gewisses

5) GO. a. a. O. Nr. 5.

6) Dieser kann sich auch auf die Accessionen der Sache (GO. a. a. O. Nr. 4: „und was derselben anhängt") nicht minder auf eine Wiederklage erstrecken. Kreittmayr Anmerk. lit. e.

7) GO. a. a. O. Nr. 4. Um die Vernehmung von Zeugen ist die Obrigkeit, worunter dieselben stehen, zu ersuchen.

8) S. jedoch bezüglich des Falles, wenn auf ein ganzes Kollegium kompromittirt ist, Kreittmayr Anmerk. lit. f.

9) GO. a. a. O. Nr. 5.

10) Wenn dieses selbst zum Schiedsgericht erwählt war, an die nächst höhere Instanz. In beiden Fällen gelten die gesetzlichen Vorschriften über Appellation resp. Revision. GO. a. a. O. Nr. 6, 7. — Vgl. Kreittmayr Anmerk. lit. h.

Strafgeld verstanden, welches einer dem andern auf den Fall, wenn er sich dem Ausspruche nicht fügen wollte, zu bezahlen hätte, so wird man durch die Bezahlung der gesetzten Strafe der Verbindlichkeit des ergangenen Ausspruchs auch ohne Appellation entledigt; es sey denn die Strafe mit dem Vorbehalt der Wirksamkeit des Schiedspruches bedungen worden, in welchem Falle man sich dem Ausspruche zu fügen, oder die Appellation rechtzeitig dagegen zu ergreifen hat [11]).

4) Sobald der Schiedspruch in Rechtskraft erwachsen ist, so soll derselbe von siegelmäßigen Partheien mit eigner Unterschrift und Petschaft gefertiget, von unsiegelmäßigen bei der ordentlichen Obrigkeit angebracht, protokollirt, oder wo die Summe über 50 fl. beträgt, verbriest; im Unterlassungsfalle aber dergleichen Schiedsprüche, wenn die Theile in neue Mißhelligkeiten darüber gerathen, nicht berücksichtigt werden. Insofern sich nun etwa ein Theil der Fertigung weigerte, so soll ihn die Obrigkeit auf Anrufen des andern dazu anhalten [12]).

5) Die Exekution liegt außer den Befugnissen des Schiedsrichters. Dieselbe ist bei dem ordentlichen Richter nachzusuchen [13]).

6) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann der Schiedsrichter zwar im Laufe des Verfahrens (incidenter), nicht aber gegen den Schiedspruch ertheilen. Eine solche ist bei der ordentlichen Obrigkeit, wohin die Sache in erster Instanz gehörig ist, nach Maßgabe der Vorschriften Kap. XVI §. 1 zu suchen [14]).

7) Das Kompromiß erlischt vor Verkündung des

11) GO. a. a. O. Nr. 8.

12) GO. a. a. O. Nr. 9. Vgl. Anmerk. lit. k.

13) GO. a. a. O. Nr. 4.

14) GO. a. a. O. Nr. 10.

Spruches, wenn sämmtliche Kompromittenten selbst wieder davon abstehen, oder einer von ihnen stirbt; eben so, wenn sich auf Seite der Schiedsrichter ein Todesfall ergiebt, oder bereits nach geschehenem Kompromisse gegen dieselben sammt oder sonders erhebliche und vorhin nicht bekannt gewesene Rekusationsursachen hervorkommen [15]).

§. 3.

Von dem Loose.

„Durch das Loos soll der Streit nicht geendigt wer„den, außer wo die Partheien selbst dazu einwilligen, oder „wenn es die Rechte speziell zulassen und verordnen." Wenn in Fällen, in welchen jeder Theil Kläger seyn kann, z. B. bei Theilungsklagen, mehrere Interessenten zugleich das richterliche Amt angerufen haben, so soll das Loos über die Partheirolle des Klägers resp. Beklagten entscheiden [1]). Wenn mehrere Mitberechtigte ein Wahlrecht auszuüben haben, und sich darüber nicht verständigen können, so giebt das Loos den Ausschlag [2]); ebenso, wenn bei Theilungen in Frage ist, wie die einzelnen Stücke an die verschiednen Personen auszutheilen seyen, und jeder andre Anhaltspunkt für das richterliche Ermessen mangelt [3]).

§. 4.

Von Gerichtskosten und Schäden [1]).

Unter Gerichtskosten werden sowohl die Zahlungen verstanden, welche für Taxen, Stempel und zur Er-

15) GO. a. a. O. Nr. 11.

1) Fr. 13, 14 de judiciis (5, 1), Fr. 2 §. 1 commun. divid. (10, 3).

2) §. 23 Inst. de legatis (2, 20); Const. 3 pr. commun. legat. (6, 43).

3) Seuffert PandR. Bd. II §. 359.

1) Martin Lehrb. §. 39 und Bayer's Vorträge zu diesem

stattung baarer Auslagen an die Sportelkasse des Gerichts zu leisten sind, als auch die Advokatengebühren[2]), Schreiber- und Botenlohn, ferner was auf Stellung der Zeugen erläuft oder an sonstigen aus dem Prozeß erwachsenen Kosten, ohne besondre Probe, aus den Akten erhellt. Mit dem Worte „Schäden" bezeichnet hier die GO. „alle „übrigen bei Gelegenheit des Streites, durch Reisen, Zeh„rungen, Versäumnisse und sonst"[3]) gehabte Auslagen und erlittene Verluste, worüber, im Falle sie von dem andern Theile zu erstatten sind, besondre Nachweisung geliefert werden muß.

„Die Gerichtskosten und Schäden können

1) „aus dreierlei Ursachen begehrt werden: nemlich „wegen Ungehorsam des Gegentheils oder geflissentlicher „Prozeßverzögerung oder erhaltenen obsieglichen Urtheils[4])."

§en; Linde Lehrb. §. 119; A. D. Weber über die Prozeßkosten, deren Vergütung und Kompensation. ed. V. 1811; Gensler Handb. zu Martin's Lehrb. Abh. VI S. 190—456.

2) Welche auch ein Advokat in seiner eignen Sache aufrechnen darf. Kreittmayr Anmerk. z. d. §en lit. f; nicht minder rechtskundige Bürgermeister, Magistratsräthe in Gemeinde- und Stiftungs-Prozessen, standesherrliche Konsulenten und gutsherrliche Beamten in den Prozessen ihrer Prinzipalen, auch Rechtskundige, welche sich selbst vertreten. — Bl. f. RA. Bd. II S. 347—8.

3) Hieher gehört auch die Remuneration der Insinuations-Mandatare (Bl. f. RA. Bd. II S. 221—3); ferner die durch Betretung des Administrativweges, vorgängig der Klage, verursachten Kosten. Vgl. OAGAkt. Nr. 630 37/38. — S. übrigens unten Note 39.

4) Mehrere Streitgenossen haften für den Kostenersatz (abgesehen von besonderen Prozeßschritten einzelner Genossen) sammt und sonders (in solidum). Ist aber die solidarische Haftung im Urtheil nicht ausgesprochen und dieses rechtskräftig geworden, so hat Jeder nur seinen Antheil zu zahlen. Martin im Magazin f. d. Proz. H. 3. S. 377 f. — Ueber

Unter Ungehorsam wird hier jede Nichteinhaltung von Fristen und Terminen verstanden [5]), wenn sie dem Versäumenden oder seinem Anwalt zur Schuld angerechnet werden kann. Eine durch „ehehafte Hindernisse" entschuldigte Versäumniß hat nicht den Charakter des „Ungehorsams" [6]). Ist die Abhaltung eines anberaumten Termines durch das völlig unverschuldete Nichterscheinen des einen Theils vereitelt worden, so liegt darin für den andern kein Grund, die Erstattung der durch sein Erscheinen veranlaßten Auslagen zu begehren [7]); sofern nicht hinsichtlich der Benachrichtigung von dem eingetretenen Hindernisse eine Säumniß begangen worden.

Der Ausspruch über den wegen Ungehorsams oder geflissentlicher Prozeßverzögerung zu leistenden Kosten- und Schadensersatz wird nicht bis zum Endurtheile vertagt, sondern ist dem Zwischenbescheide oder prozeßleitenden Dekrete, in welchem über den Einfluß jener Ungebühr auf den Prozeßgang bestimmt wird, sogleich beizufügen; auch, wenn keine Hemmung der Rechtskraft durch Berufung oder Verwahrung

die Verbindlichkeit des vom Streit Abstehenden zum Kostenersatze — s. Bd. II S. 115, Gensler a. a. O. S. 319 Note 224.

5) Es ist hier nur von Kosten und Schäden die Rede, welche durch Nichteinhaltung einzelner Fristen und Termine verursacht wurden. Die gemeinrechtliche Vorschrift, nach welcher die durch den ganzen Prozeß ungehorsame Parthei die Kosten des Prozesses selbst im Falle ihres Sieges allein tragen soll, ist von der GO. nicht adoptirt.

6) Vgl. GO. V §. 10 Nr. 1 mit Novelle von 1837 §. 35.

7) Vorst über die Erstattung der Prozeßkosten §. 27 S. 27: „Wenn die eine obgelegene Handlung nicht vollziehende Parthei ganz ohne Schuld ist, so muß der Gegner den ihm hiedurch veranlaßten Kostenaufwand als einen ihn treffenden Zufall betrachten."

wahrüng eintritt, auf Begehren alsbald in Vollzug zu setzen [8]).

2) In der Regel wird der Ausspruch über Kosten und Schäden bis zum Endurtheile [9]) verschoben, und in diesem deren Ersatz dem Sieger zuerkannt [10]).

3) Ausnahmsweise ist auf Vergleichung (Kompensation) zu sprechen [11]), „wenn der verlierende Theil „redliche Ursache zum Streiten gehabt hat, welches der „Richter lediglich aus den in actis vorkommenden Behel„fen [12]) zu ermessen, und dabei weder auf die Personen,

8) War der Kläger ungehorsam, so kann sein Gegner verlangen, daß derselbe vor Erstattung der durch den Ungehorsam verursachten Kosten nicht weiter zur Betreibung der Klage zugelassen werde. GO. V §. 10 Nr. 5. Vgl. Const. 15 de judiciis (3, 1). Gensler a. a. O. S. 448–9.

9) Darunter ist aber auch dasjenige zu verstehen, durch welches eine vorbereitende, Präjudizial= oder Incidentsache erledigt wird. Jedes Berufungsurtheil ist in Ansehung des eingewandten Rechtsmittels Endurtheil; deßwegen wird darin über die Kosten der Berufungsinstanz erkannt, wenn gleich der oberrichterliche Ausspruch in der Sache selbst ein interlokutorischer ist.

10) Wenn es gleich in dem Endurtheile heißt, der eine Theil habe dem andern sämmtliche Kosten zu vergüten, so sind doch darunter diejenigen, worüber bereits rechtskräftig erkannt war, nicht begriffen, und Ermäßigung (wo nicht sofort ein bestimmter Betrag zuerkannt wird) bleibt immer vorbehalten.

11) Welcher Ausspruch bewirkt, daß kein Ersatz stattfindet und die Urtheilskosten von beiden Partheien zu gleichen Antheilen entrichtet werden. Bl. f. RA. Bd. I S. 97. Am Schlusse des §en bestimmt die GO.: „Soll man endlich zur Verhütung muthwilliger Streitigkeiten die Kosten nicht so leicht kompensiren."

12) Privatnotizen über den Charakter der Personen und ihre Ueberzeugung von Recht oder Unrecht der Sache können keinen Einfluß äußern.

„noch auf die streitige Sache selbst[13]), und ebenso wenig „auf die Kriegsbefestigung oder Publikation der Zeugen„aussagen[14]), und die von dem einen oder dem andern „Theile abgelegten Juramente[15]) zu sehen hat."

Die Regel, nach welcher dem Unterliegenden der Ersatz der Gerichtskosten und Schäden aufzubürden ist, fußt auf der Vermuthung, daß solche von demselben schuldvoll veranlaßt worden seyen, indem er den Prozeß entweder mit Bewußtseyn oder doch in kulposer Unkunde seines Unrechts geführt habe[16]). Diese Vermuthung verliert aber

13) D. h. weder ein Verhältniß der Personen (z. B. naher Verwandtschaft) noch Besonderheiten in dem Streitgegenstande rechtfertigen die Kostenvergleichung.

14) Die GO. verwirft die Ansicht, nach welcher die nach der Kriegsbefestigung resp. nach Kundgebung der Zeugenaussagen erwachsenen Kosten jedenfalls den Unterliegenden treffen sollen. Läßt sich im einzelnen Falle annehmen, daß für den Unterliegenden die redliche Ursache zum Streite auch nach den bemerkten Prozeßhandlungen fortgedauert, so ist der Richter nicht gehindert, die Kompensation auch hinsichtlich der später erwachsenen Kosten zu verfügen. — Wo aber der Richter die Ueberzeugung gewinnt, daß der Unterliegende von einem gewissen Stadium des Prozesses an zur Einsicht über sein Unrecht gekommen seyn müsse, da kann die Vergleichung nur hinsichtlich der vorher gehabten Kosten Platz greifen.

15) Gegen die von manchen Schriftstellern geäußerte Meinung, daß überall, wo das Endurtheil auf einer Eidesleistung beruht, Kompensation eintrete. Allerdings kann dies ein Umstand von Gewicht seyn, aber er entscheidet nicht für sich allein. Auch hier sind alle aktenmäßigen Behelfe wohl zu berücksichtigen (s. oben lit. a—f). Bei den nothwendigen Eiden insbesondre kommt es darauf an, ob der zu ergänzende Mangel oder der zu beseitigende Verdacht mehr oder minder bedeutend ist.

16) Gensler a. a. O. S 326.

ihre Kraft und Wirkung, wenn das Gegentheil, nämlich das Nichtseyn einer Schuld des Unterliegenden[17], zur Gewißheit oder zu hoher Wahrscheinlichkeit gebracht ist. Gute Behelfe sind es in dieser Hinsicht für den Unterliegenden:

a) „wenn er halben Beweis, z. B. durch einen Zeu„gen, gegentheiliges außergerichtliches Geständniß, **comparationem literarum** und dergleichen für sich hat[18]);

b) „wenn er von einem oder mehreren vornehmen „Rechtsgelehrten ein (ihm günstiges) rechtliches Gutachten „erhielt[19]);

17) D. h. daß er über die Ungerechtigkeit seiner Sache in einem entschuldbaren Irrthum gewesen. — In dieser Beziehung sind Schwierigkeiten in Ansehung der Frage, welche Gesetzgebung zur Anwendung komme, Mängel und Lücken der einschlagenden Gesetze oder Rechtsgeschäfte, verschiedene Meinungen der Schriftsteller über den anzuwendenden Rechtssatz, abweichende frühere Entscheidungen gleichartiger Fälle (sofern sie nicht klaren Gesetzen widerstreiten), Bedenken hinsichtlich der Subsumtion unter diese oder jene Vorschrift, Kollisionen des formellen mit dem materiellen Rechte, Unbekanntschaft mit den gegnerischen Beweisen, gegnerische Verschuldungen, überhaupt alle Umstände in billige Erwägung zu ziehen, welche den guten Glauben des Unterliegenden als glaubhaft und motivirt erscheinen lassen. — Daß übrigens demselben keine grobe Schuld zur Last fiel, ist nicht genug, um den Irrthum als entschuldigt gelten zu lassen. Auf der andern Seite geht es auch nicht an, in jedem geringsten Versehen einen Grund zur Ausschließung der Kostenkompensation zu finden. Gensler a. a. O. S. 297.

18) Ueberhaupt, wenn der Erfolg der Beweisführung des einen Theils nur durch die (direkte) Gegenbeweisführung des andern vereitelt wurde. Gensler a. a. O. S. 336.

19) Sofern dasselbe nicht durch unrichtige oder unvollständige Darstellung der Sache erschlichen worden ist.

c) „wenn der Fall in jure vel facto sehr zweifelhaft „und intrikat war [20]); oder

d) „in der untern Instanz pro parte victa bereits „gesprochen worden ist [21]); oder

e) „der Streit mehr Punkte betrifft, und der Bescheid in der Hauptsache partim pro, partim contra ausfällt [22]); oder

20) S. oben Note 17. Hieher gehört es insbesondre, wenn die Auslegung eines Vertrags oder letzten Willens Bedenken unterliegt.

21) Erfolgt in der dritten Instanz Bestätigung des in zweiter Instanz gesprochnen Urtheils, so wird durch den Umstand, daß in erster Instanz zu Gunsten des jetzt unterliegenden erkannt war, die Vergleichung der Kosten dritter Instanz nicht gerechtfertigt; sofern nicht etwa die Motivirung des zweitrichterlichen Urtheils mangelhaft war. — Im Uebrigen rechtfertigt schon eine theilweise Modifikation oder eine dem Appellanten Vortheil verschaffende Erläuterung des vorigen Urtheils Vergleichung der Kosten der Berufungsinstanz.

22) Bei Prozeßen über mehrere Posten, oder über Klage und Wiederklagen; oder wenn dem Sieger nur ein Theil des Geforderten zuerkannt werden konnte. — Ist es nur ein Nebenpunkt, oder nur ein unbedeutender Theil des Streitgegenstandes, in welchem dem Begehren des Siegers nicht entsprochen wurde, oder lag die Festsetzung des Betrags in richterlichem Ermessen, so ist die Differenz des Geforderten und Zugesprochenen kein Grund, die Kosten des ganzen Streites zu kompensiren. Es kommt hier auf den Einfluß an, welchen die Zuvielforderung auf die Verhandlung gehabt hat. Gensler a. a. O. S. 328 Note 235. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S. 332. — Hat der Beklagte einen Theil der Forderung sofort zugestanden, und in Ansehung des Uebrigen, nach geführtem Prozesse, ein freisprechendes Urtheil erwirkt, so ist er als Sieger zu betrachten, und hat auf Kostenersatz Anspruch; sofern nicht dem Kläger besondre Gründe der Kompensation zur Seite stehen. Gensler a. a. O. S. 329 —30 Note 236. — Dieser Schriftsteller führt es noch als

f) „wenn der verlierende Theil nicht in facto pro-„prio, sondern alieno, mithin in justa ignorantia versirt, „wie es bei Erben und successoribus oft geschieht.“

Wenn ein Rechtsnachfolger [23]) gegen ihn vorgebrachte Thatsachen, von welchen er keine Kunde hat, und worüber noch keine ausreichenden Beweise vorliegen, in Abrede stellt, so trifft ihn kein Vorwurf. Anders verhält es sich, wenn er seinerseits Thatsachen aus der Zeit eines Rechtsvorgängers, ohne sich über ihre Wahrheit genügende Proben verschafft zu haben, klagend oder einredend behauptet; in dieser Stellung kann er die Unbekanntschaft mit dem fremden Faktum zum Zwecke der Befreiung vom Kostenersatze nicht vorschützen [24]). Ueberhaupt gilt diese Ausnahme nicht für diejenigen Kosten und Schäden, welche aus der Fortsetzung des Prozesses nach gelieferter Probe [25]) erwachsen sind.

Was von dem Nichtwissen (ignorantia) Rechtens ist, muß auch für das Unrichtigwissen (error) An-

Motiv zur Kostenvergleichung an: „wenn ein Theil des Vortrags der siegenden Parthei zu vergeblichen, durch das Wechselverfahren hindurch laufenden Verhandlungen Veranlassung giebt, und am Ende des Prozesses als zweck- oder grundlos erkannt wird.“

23) Insbesondre auch Nachfolger im Gutsbesitze bei Streiten über Realrechte.

24) Fr. 42 de reg. juris. Gensler a. a. O. S. 287 Note 193. Hat er in solchem Falle seinem Gegner den Eid zugeschoben, und dieser ihn abgeleistet, so liegt auch darin kein Grund zur Kostenkompensation. S. oben S. 210. Bei leichtsinnig erhobenen Prozessen könnten sonst Eideszuschiebungen auf Geradewohl zum Mittel, dem Kostenersatze zu entgehen, mißbraucht werden.

25) Bei dem Beweise durch Privaturkunden ist die Probe erst nach Herstellung der Aechtheit geliefert.

wendung finden [26]). Man kann daher Kreittmayr's Lehre, daß selbst ein gänzlich unverschuldeter Irrthum vom Kostenersatze nicht befreie, nur für diejenigen Fälle gelten lassen, in welchen die irrige Meinung in Behauptungen, zur Begründung einer Klage, Einrede u. dgl. geltend gemacht worden ist [27]).

Daß auf eingewandte Berufung ein bestätigendes Erkenntniß erfolgt, schließt, wo sich die Entscheidung als eine wirklich zweifelhafte darstellt, die Kompensation der in der höhern Instanz erwachsenen Kosten nicht aus [28]). Haben beide Theile Beschwerde geführt, so kann sich Anlaß ergeben, den oben unter e) angeführten Kompensationsgrund zu bethätigen [29]).

Das Obsiegen mit einem Restitutionsgesuche [30]) berechtigt den Imploranten nicht, Erstattung der auf das Ge-

26) Mühlenbruch PandR. §. 95: „Irrthum und Unwissenheit unterscheiden sich so von einander, daß unter jenem eine falsche Vorstellung, unter dieser der Mangel aller, oder doch aller bestimmten Vorstellung von einer Sache verstanden wird. Da auf diesen Unterschied wesentlich nichts ankommt, wenn von dem rechtlichen Einflusse dieser Begriffe die Rede ist, so bedarf es für die folgende Darstellung auch keiner Unterscheidung der Ausdrücke." — In dem Pandektentitel de jur. et facti ignor. (22, 6) werden die Ausdrücke ignorantia und error als rechtlich gleichbedeutend gebraucht. Auch Kreittmayr (in den Anmerk. zum LR. Th. I Kap. I §. 7) stellt es als gleichwirksam dar, ob etwas aus Irrthum oder Unwissenheit geschehen ist.

27) Vgl. Gensler a. a. O. S. 400—2.

28) Zumal, wenn die Motivirung des vorigen Urtheils fehlerhaft oder sonst ungenügend ist.

29) Im Falle die durch die eine Beschwerdeführung verursachten Kosten viel bedeutender sind, als die der andern, so ist über den Kostenpunkt einer jeden derselben besonders zu erkennen.

30) Gegen eine Sentenz oder den Ablauf einer Frist.

such und die Nachweisung des Restitutionsgrundes erwachsenen Kosten zu begehren; auch ist er hinsichtlich des Bescheides, welcher die Restitution bewilligt, als Extrahent zu betrachten [31]). Wenn jedoch der Gegner durch unerhebliche Einwendungen schuldvoll eine weitere Streitverhandlung über den Anspruch auf Restitution veranlaßt hat, oder wenn diese Rechtswohlthat wegen einer frühern Gefährde des Gegners gewährt wird, so tritt der allgemeine Grundsatz in Anwendung: wer Kosten durch seine Schuld verursacht hat, muß sie allein tragen resp. dem andern Theile erstatten. — Die durch beigebrachte Nova motivirte Rescission eines rechtskräftigen Erkenntnisses erstreckt sich nicht auf den Ausspruch über den Kostenpunkt, sofern nicht aus dem neuen Vorbringen zugleich erhellte, daß der Gegner auch in dem frühern Prozesse ein muthwilliger Streiter (temere litigans) war [32]).

Wird ein Erkenntniß als unheilbar nichtig aufgehoben, so trifft die Aufhebung auch den Ausspruch über den Kostenpunkt, und es werden zugleich, wenn etwa die Ursache der Nichtigkeit in Verschulden des einen Theiles liegt, die Kosten des nichtigen Verfahrens diesem aufgebürdet [33]). — Was Kosten und Schäden des Nullitätsprozesses angeht, so gelten darüber die allgemeinen Grundsätze.

4) Wird in einem Enderkenntnisse der Kostenpunkt übergangen, so ist Kompensation anzunehmen; Uebergehung

31) Welcher die Gerichtssporteln zu bezahlen hat.

32) Gensler a. a. O. S. 415—24.

33) Gensler a. a. O. S. 425. Lag ein Verschulden des Richters zu Grunde, so kann dessen Verbindlichkeit, die Kosten des nichtigen Verfahrens zu erstatten, durch Disziplinarerkenntniß des Obergerichts ausgesprochen werden. Vgl. Nov. von 1837 §. 9 Abs. 3. OAGE. vom 25. Mai 1841 Nr. 1529 39/40.

in einem Zwischenbescheide als Vertagung des Ausspruchs bis zum Enderkenntnisse aufzufassen [34]).

Das Urtheil über Kosten und Schäden kann Gegenstand besondrer Beschwerdeführung seyn. Wurde in der Hauptsache appellirt, so hat der Oberrichter von Amtswegen zu prüfen, ob der Ausspruch der Vorinstanz über den Kostenpunkt sachgemäß oder nicht.

5) In dem Enderkenntnisse, welches den einen Theil in die Kosten verurtheilt, hat zugleich die Festsetzung des zu erstattenden Betrages zu geschehen. Zu diesem Ende sind die Kostenverzeichnisse vor dem Spruche einzureichen [35]), und, ohne den Gegentheil darüber zu hören [36]), von Amtswegen zu würdigen. Es soll „**secundum aequum** „**et bonum** auf ein gewisses proportionirtes Quantum gesprochen werden.“ Die Billigkeit fordert, diejenigen Kosten vom Ersatze auszuschließen, welche als ein willkürlicher, übermäßiger, unmotivirter Aufwand erscheinen [37]);

34) GO. a. a. O. Nr. 4. Gensler a. a. O. S. 444; Bl. f. RA. Bd. V S. 275. Schweigt ein Berufungserkenntniß von den Kosten der Berufungsinstanz, so sind sie kompensirt; schweigt dasselbe von den Kosten der ersten Instanz, so ist dies, je nachdem der Oberrichter interloquirt oder endlich erkennt, als Vertagung oder Kompensation aufzufassen.

35) Nach den Disciplinarvorschriften von 1813 Nr. 5 sind die Advokaten bei Vermeidung einer Strafe von 1 Rthlr. verbunden, die Kostenverzeichnisse mit der letzten Schrift oder 8 Tage nach der protokollarischen Schlußverhandlung einzureichen. Diese Ordnungsstrafe kann jedoch nicht verhängt werden, wenn ein Zwischenbescheid ergeht. Vgl. Bl. f. RA. Bd. II S 82.

36) Diesem muß daher die Befugniß zustehen, gegen die Festsetzung zu remonstriren. Nov. v. 1837 §. 55.

37) Gensler a. a. O. S. 250. Gemeinhin wird die Prüfung der Kostenverzeichnisse der Advokaten nur aus dem Standpunkte der Normen vorgenommen, welche darüber bestimmen

z. B. die durch überflüssige Prozeßschriften, ungeeignete Anträge oder den Gebrauch unnöthiger oder unerheblicher Beweismittel, etwa durch einen vom Sieger beantragten zwecklosen Augenschein, durch Abhörung von nichtswissenden Zeugen, verursachten Kosten.

Die Verzeichnung vor und die Betragsfestsetzung in dem Endurtheile ist aber nur hinsichtlich der Gerichtskosten im engern Sinne, nicht aber für diejenigen Auslagen und Verluste angeordnet, welche hier von der GO. „Schäden" genannt werden (s. oben S. 207). Hierüber wird, wie über zu vergütende Früchte und sonstige Nebenleistungen [38]), im Endurtheile die Verbindlichkeit, nach Beschaffenheit der Sache ohne Zahlbestimmung ausgesprochen [39]), und nach eingetretener Rechtskraft des betreffenden Ausspruchs, zur Feststellung des Betrags ein sog. Liquidationsverfahren gepflogen (Vgl. Bd. III S. 365—6).

was der Advokat seinem Klienten aufrechnen darf. Diese Einseitigkeit verdient Mißbilligung. Eine ganz andre Frage ist es, ob sich nicht in den vom Sieger verzeichneten Kosten manche befinden, deren Ersatz dem Unterliegenden ohne Unbilligkeit nicht zugemuthet werden kann. Auch diese Erwägung ist dem Richter von der GO. a. a. O. zur Pflicht gemacht. Nicht selten kommen Ansätze in den Kostenverzeichnissen vor, welche zwar nicht dem Advokaten, im Verhältnisse zu seinem Klienten, wohl aber der ersatzberechtigten Parthei, im Verhältnisse zu der ersatzpflichtigen, gestrichen werden können und sollen. Bei dem billigen Ermessen, nach welchem der Betrag festzusetzen ist, mag auch auf Werth und Wichtigkeit des Streitgegenstandes Rücksicht genommen werden. — In dubio (verordnet die GO. am Schlusse des §en) soll man das Quantum per aversum allezeit mehr erhöhen, als vermindern.

38) Auf gleiche Weise folgt dem rechtskräftigen Urtheile eine Liquidationsinstanz, wenn jenes auf eine sog. Universal- oder Generalklage ergangen ist. S. Bd. III S. 365—6.

39) Die Verurtheilung in die Kosten überhaupt umfaßt auch Erstattungen dieser Art.

Bayerische Staatsbibliothek München

Auch für Aufrechnungen dieser Art dient zur Richtschnur, daß außerordentliche willkürliche Auslagen des Siegers, wie z. B. für Reisen eines in großer Entfernung vom Gerichtsorte wohnenden Sachführers, dem Unterliegenden nicht aufzubürden sind [40]).

Uebrigens hat das in der Hauptsache zuständige Gericht über den Kostenpunkt auch in Ansehung der Nebenpersonen zu erkennen, welche an demselben gelegenheitlich Theil genommen haben oder denen Kosten dadurch verursacht wurden; so der Litisdenunziaten, Adcitaten, Intervenienten [41]), Zeugen, Editionspflichtigen, oder der Cedenten, welche nach GO. XIII §. 1 Nr. 3 einen Eid zu leisten haben [42]).

40) OAGE. vom 26. März 1822 (Kleinhainz ca Stieber), vom 21. Jan. 1825 (Mulzer ca Pelloth). — Vgl. Gensler a. a. O. S. 196 Note 12.

41) So weit die Intervention als Incidentpunkt verhandelt worden.

42) Bl. f. RA. Bd. V S. 95.

Berichtigungen.

Bogen 11 des Komment. S. 167 Note 71 statt „Note 345" Note 11.
„ 9 „ „ S. 133 Zeile 9 ist „welche" zu streichen.

Der zweite und dritte Band sind durch die freundschaftliche Mitwirkung des Hrn. Dr. Lauk gefördert worden. Die Geschäftslasten des obersten Gerichtshofs, welchem Hr. Dr. Lauk nun angehört, haben dem vierten Bande diese Mitwirkung entzogen. Daraus erklärt sich, bei fortwährendem Schwanken der Gesundheit des Verfassers, die Spaltung des vierten Bandes in zwei Abtheilungen. Es wird gehofft, den Rest des Werkes bis Ende gegenwärtigen Jahres liefern zu können.

Bayerische Staatsbibliothek München

Ver=

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Seuffert, Johann Adam,

Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung (codex iuris bavarici iudiciarii de anno 1753)

Bd.: 4,1

Erlangen 1844

Bavar. 4821 z-4,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10386910-0